



European
University
Institute

DEPARTMENT
OF LAW

WORKING PAPERS

LAW 2017/09

Department of Law

European Regulatory Private Law Project (ERC-ERPL)

European Research Council (ERC) Grant

US Sammelklagen: Wunsch und Wirklichkeit

Christopher Hodges



European Research Council
Established by the European Commission

European University Institute

Department of Law

“European Regulatory Private Law” Project

Projektstipendium des Europäischen Forschungsrats (ERC)

US SAMMELKLAGEN: WUNSCH UND WIRKLICHKEIT

Christopher Hodges

English electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2665228>

EUI Working Paper **LAW** 2017/09
ERC-ERPL Project



Dieser Text darf nur für persönliche Forschungszwecke heruntergeladen werden. Jede zusätzliche Reproduktion für andere Zwecke, ob in Papier- oder elektronischer Form, bedarf der Einwilligung des Autors. Bei Zitaten sollten der volle Name des Autors, ggf. des Übersetzers, der Titel, der Name der Reihe, das Jahr und der Verleger genannt werden.

ISSN 1725-6739

© 2017 Christopher Hodges

Elektronische deutsche Fassung:

© 2017 Dr. Herbert Woopen, Rechtsanwalt, Köln

Printed in Italy

European University Institute

Badia Fiesolana

I-50014 San Domenico di Fiesole (FI)

Italy

www.eui.eu

cadmus.eui.eu

Europäische Privatrechtsdurchsetzung: Der Wandel des europäischen Privatrechts von der Autonomie zu seiner Funktionalisierung im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht

Der Europäische Forschungsrat hat Herrn Professor Dr. Hans-Wolfgang Micklitz ein Forschungsstipendium für 60 Monate gewährt, für das Projekt „Europäisches Regulierungsprivatrecht: der Wandel des europäischen Privatrechts von der Autonomie zu seiner Funktionalisierung im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (European Regulatory Private Law – ERPL).“

Der Fokus dieses rechtssoziologischen Projekts liegt in der Suche nach einem normativen Modell, das die in sich geschlossene europäische Privatrechtsordnung in ihrer Interaktion mit den jeweiligen nationalen Privatrechtsordnungen formen könnte. Das Projekt zielt auf eine Neuorientierung der Strukturen und Methoden des europäischen Privatrechts ab und stützt sich dabei auf seinen Wandel von einer autonomen Ordnung zu seiner Indienstnahme für die Zwecke von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Es sieht eine in sich geschlossene europäische Privatrechtsordnung heraufziehen, die sich aus drei Schichten zusammensetzt: (1) das sektorenspezifische materielle Recht des ERPL, (2) die allgemeinen Prinzipien – vorläufig bezeichnet als Wettbewerbsvertragsrecht – und (3) allgemeine Prinzipien des Zivilrechts. Es entfaltet die Interaktion zwischen ERPL und den nationalen Zivilrechtssystemen anhand von vier normativen Modellen: (1) Eindringen und Ersetzen, (2) Konflikt und Widerstand, (3) Vermischung, und (4) Konvergenz. Es untersucht die neue Hierarchie der Werte, eingebettet in das Konzept des Zugangs zur Gerechtigkeit (kurz: Zugangsgerechtigkeit).

Die zu diesen Ergebnissen führenden Forschungen wurden vom Europäischen Forschungsrat unter dem 7. Forschungsrahmenprogramm finanziert (FP/2007–2013) / ERC Zuwendungsbescheid Nr. [269722].



European Research Council
Established by the European Commission

Kontakt Daten

Christopher Hodges
Professor of Justice Systems
University of Oxford
Centre for Socio-Legal Studies
Manor Road, Oxford, OX1 3UQ
United Kingdom
christopher.hodges@csls.ox.ac.uk

Elektronische deutsche Fassung:

Herbert Woopen
Rechtsanwalt, Dr. iur. (Cologne), Docteur en droit (Clermond-Ferrand)
Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford
ra-woopen@netcologne.de

Zusammenfassung

Die US-Sammelklage ist das bekannteste zivilprozessuale Instrument zur gebündelten Durchsetzung privater Rechte und Ansprüche. Es soll der Prozessökonomie dienen und erheblichen Druck auf beklagte Unternehmen ausüben, das Recht zu befolgen. Dieser Aufsatz fasst die wesentliche rechtstatsächliche Erfahrung zusammen, wie dieser Mechanismus in der Praxis funktioniert. Dabei bestätigt sich eine breite Wirkung bei der Rechtsdurchsetzung. Er identifiziert aber auch Problembereiche wie eine Bevorzugung bestimmter Fallkonstellationen (insbesondere klagen gerne Wertpapierinvestoren), hohe Transaktionskosten und Abschläge auf die an die Kläger tatsächlich ausgezahlten Beträge, das Risiko, dass hohe ökonomische Faktoren die juristische Begründetheit der Ansprüche bei einer Regelung im Vergleichswege völlig in den Hintergrund treten lassen oder verzerren, die sehr begrenzte Prüfung der juristischen Schlüssigkeit solcher Fälle, die gesteuerte Auswahl von Gerichtszuständigkeiten sowie ein Umgang mit Interessenkonflikten, der von europäischen Politikern als missbräuchlich angesehen wird. Der Aufsatz hält fest, dass diese Merkmale vorhersehbare Konsequenzen einer Politik sind, die zu verbreiteterer privater Rechtsdurchsetzung ermuntern will, indem Intermediäre Anreize erhalten und die Risiken für die Kläger reduziert werden. Vor diesem Hintergrund stellen sich verschiedene Fragen für die Zukunft kollektiver Rechtsdurchsetzung in der vom US-Recht deutlich abweichenden europäischen Rechtsordnung.

Schlagworte

Sammelklage, Multi-Distrikt-Regel (MDL - gerichtsbezirksübergreifende Sammelklagen), Abschreckung, Erfahrungstatsachen, Kosten, Begründetheit, Prozessergebnisse, Bewertung

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
Die Ziele einer Bündelung mehrerer Klagen.....	2
Das US Modell	3
DIE WIRKLICHKEIT DER ERFAHRUNGSTATSACHEN	6
Selektivität für bestimmte Klagegegenstände	7
Analyse nach Falltypen	10
Wertpapierfälle.....	10
Sammelklagen wegen unerlaubter Handlungen	19
Klagen gegen Versicherer	20
Kartellrechtsfälle	20
Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis.....	22
Verbraucherklagen	22
Kosten-Nutzen-Betrachtung.....	25
Erfolgsbeteiligung der Rechtsanwälte.....	25
Letztendlich tatsächlich gezahlter Schadensersatz.....	29
Ökonomische Kosten-Nutzen-Betrachtung.....	31
Rechtliche Begründetheit der Klagen.....	33
Gerichtsstandswahl (Forum shopping / Opportunistische Wahl der Gerichtszuständigkeit).....	35
Finanzielle Anreize, Interessenkonflikte und Mißbrauch	37
VERSCHIEBUNGEN: GERICHTSBEZIRKSÜBERGREIFENDE SAMMELKLAGEN (MULTI-DISTRICT-LITIGATION - MDL) UND SCHIEDSGERICHTSBARKEIT	38
SCHLUSSFOLGERUNGEN	41

Einleitung*

Das traditionelle Narrativ der Sammelklagen argumentiert, dass die Bündelung einzelner Klagen „Justizökonomie“ hervorbringen sollte, oder doch wenigstens „Prozessökonomie“. Die gesamten Kosten verteilen sich auf eine Vielzahl von Klagen und reduzieren damit die Kosten des einzelnen Falles, wodurch es für mehr Fälle Zugang zu Justiz und Gerechtigkeit gibt. Es wird auch argumentiert, dass eine solche Bündelung der Klägerseite viel Macht verleiht, insbesondere, wenn der Kläger seine Kosten nicht erstattet bekommt (wie es oft in den USA der Fall ist, und wie es früher in England bei der Prozesskostenhilfe der Fall war). Bei der Analyse des Umfangs, in dem diese Aspekte sich bei Mechanismen der Bündelung von Klagen wiederfinden, ist es wichtig, zwischen verschiedenen Modellen zu differenzieren, da die Wirkungen der verschiedenen Finanzierungsmechanismen und der Regeln über die Kostentragung komplett unterschiedliche Verhältnisse zur Folge haben. Deshalb haben sehr deutliche politische europäische Stellungnahmen das amerikanische Sammelklage-Modell kritisiert.

Bei der Analyse des US-Sammelklagen-Modells und des sich herausbildenden europäischen Modells für kollektive Rechtsdurchsetzung haben sich breiter angelegte Fragen ergeben, zu denen die Antworten nicht auf der Hand liegen. Zunächst einmal zeigt das rechtstatsächliche Belegmaterial, dass jede Form der kollektive Klage Probleme mit sich bringt, namentlich eine Selektivität bezüglich der Anliegen, die mit ihr verfolgt werden (wobei manche Fälle überhaupt nicht von Intermediären aufgegriffen werden), hohe Kosten und dünne Erlöse für die eigentlichen Kläger. Verzögerungen sind ein Problem in der EU, aber nicht in den USA. Zweitens werden diese Problemmerkmale weitestgehend in den USA hervorgebracht, weil das System dort die Klagemechanismen so sehr anreichert, um den Klägern zu helfen. Mit europäischen Augen besehen produziert dieser Ansatz erhebliche Interessenkonflikte für die Intermediäre, und dazu Potential für Missbräuche. Auf der anderen Seite wird der Mechanismus für Intermediäre und Prozessfinanzierer uninteressant, wenn er wie das EU-Modell Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch vorsieht.

In diesem ersten Abschnitt wird das belegte Erfahrungswissen über US-Sammelklagen näher untersucht. An erster Stelle steht das Ideal: der beabsichtigte Nutzen einer Bündelung ähnlicher Einzelansprüche. Diese erleichtern Prozessökonomie, erweitern Zugang zu Gerechtigkeit und liefern überdies Abschreckung gegen Gesetzesbrüche. Dann folgt eine Zusammenfassung der bedeutendsten Forschung zu einer Reihe von Aspekten, wie Sammelklagen in der Praxis ablaufen, wobei es sich nicht verbergen lässt, dass die Wirklichkeit doch spürbar hinter dem Ideal zurückbleibt. Die angesprochenen Hauptaspekte sind: Selektivität der verfolgten Anliegen und die Gründe dafür; besondere Erkenntnisse über die verbreitetsten Falltypen, insbesondere Wertpapierfälle; Transaktionskosten; Abschläge von den tatsächlich an die Kläger ausgezahlten Beträgen, insbesondere bei Verbraucherverfällen; die Schwierigkeit festzustellen, in welchem Umfang Fälle und Vergleiche eine rechtliche Begründung haben; Gerichtswahl; und schließlich wie die finanziellen Anreize Konflikte und Missbrauch produzieren. Es wird sodann festgehalten, dass es verschiedene wichtige Verschiebungen in der Praxis des US-Sammelklagerechts gegeben hat: die Fälle bewegten sich zunächst weg von der Einzelklage zu einer Handhabung für mehrere Gerichtsbezirke gleichzeitig, was Auswirkungen auf die Vergleiche hatte und Verbraucherstreitigkeiten komplett aus den Gerichtssälen und in die vertraglich vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit vertrieben hat. Das Kapitel endet mit allgemeinen Schlussfolgerungen, sowohl

* Christopher Hodges ist Professor für Rechtspflegesysteme und Fellow des Wolfson College an der Universität Oxford; Leiter des Swiss Re/CMS Forschungs-Programms zur Zivilrechtspflege am Zentrum für Rechtssoziologische Studien an der Universität Oxford; Honorar-Professor der China University of Political Science and Law in Peking; Supernumerary Fellow, Wolfson College, Oxford; Solicitor der Senior Courts in England & Wales (non-practising). Forschungsmittel werden von der internationalen Anwaltssozietät CMS, dem European Justice Forum und der Swiss Reinsurance Company Limited zur Verfügung gestellt.

zum US-Sammelklage-System als auch zu allgemeinen Implikationen für Europa und andere Kontinente.

Die Ziele einer Bündelung mehrerer Klagen

Dieser Abschnitt behandelt die Zielsetzung von Zivilprozessmechanismen, die die Ansprüche verschiedener Personen zu einem einzigen Verfahren bündeln, üblicherweise bekannt unter dem amerikanischen Namen der Sammelklage („class action“). In Europa kam ab 2010 der Begriff der Kollektivklage auf, um das EU-Modell von der amerikanischen Sammelklage zu unterscheiden.

Es gibt zwei primäre Ziele für die Bündelung einzelner zivilrechtlicher Klagegegenstände in einen einzigen koordinierten Zivilrechtsstreit: die Prozessökonomie und einen verbesserten Zugang zur Gerichtsbarkeit.¹ Diese beiden Ziele sind leicht zu erfassen. Es sollte effizienter sein, einen einzelnen Prozess zu führen als viele ähnliche. Diese Überlegung wird manchmal als eine Ermöglichung von Justizökonomie durch effizientes Fall-Management beschrieben.² Es mag außerdem für Kläger wie Beklagte Skaleneffekte bezogen auf die Transaktionskosten geben. Diese zusätzliche Kostenreduktion könnte auch zu einer gesteigerten Erhöhung der Anzahl Fälle führen, die für die Kläger wirtschaftlich sinnvoll zu erheben sind, wodurch auch das zweite Ziel eines verbesserten Zugangs zur Gerechtigkeit verfolgt wird. Dieses zweite Ziel ist besonders wichtig, wenn es um Einzelansprüche von geringem Wert geht, die dadurch erst vor Gericht gebracht werden können und damit berechnete Interessen auch wirklich geltend gemacht und nicht einfach nur kühn behauptet werden. Dieses Ziel erkennt die Tatsache der Kosteneffektivität an, dass nämlich manche Klagen zu klein sind um angesichts der Kosten des Gerichtssystems durchgefochten zu werden. Es ist hinreichend klar, dass Verbraucherklagen im allgemeinen als Einzelfall von sehr niedrigem Streitwert sind.³

Diese Zielsetzungen werden durch das, was in der Praxis geschieht, etwas verändert. In den USA ist es gesicherte Erkenntnis, dass das Erfordernis der gerichtlichen Bestätigung einer Sammelklage eine wesentliche Hürde darstellt, aber wenn diese einmal genommen und die Klägergruppe als Klasse bestätigt ist, sind die Chancen auf eine Regelung durch Vergleich sehr hoch.⁴ Die Streiterledigung im Wege des Vergleichs bietet im Gegensatz zur gerichtlichen Entscheidung Ersparnisse für das Gericht wie für die Parteien. In Wirklichkeit also ist Justizökonomie irrelevant, und das wahre Ziel ist die prozedurale oder Prozessökonomie. Und tatsächlich, entgegen dem Eindruck, dass Massenklagen in den USA stark verbreitet sind, scheinen solche Klagen nur einen kleinen⁵ Teil der Arbeitsbelastung der

¹ CJS Hodges, "Collective Actions" in P Cane und HM Kritzer (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Studies* (Oxford, Oxford University Press, 2010).

² RG Bone, 'Class Action' in CW Sanchirico (ed), *Procedural Law and Economics* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012).

³ C Hodges, 'Consumer Redress: Ideology and Empiricism' in K Purnhagen und P Rott (Hrsg.), *Varieties of European Economic Law and Regulation. Festschrift for Hans Micklitz*, (Springer, 2014); Special Eurobarometer 342. Consumer empowerment (European Commission, 2011).

⁴ Garth's Studie aller bundesrechtlichen im Distrikt von Nordkalifornien zwischen 1979 und 1984 zugelassenen Sammelklagen zuzüglich von Interviews über weitere 73 nicht zugelassene Fälle ergab, dass nach der Zulassung der Vergleichswert einer Sammelklage dramatisch zugunsten des Klägers steigt. Von den 73 nicht zugelassenen Sammelklagen wurden 32 abgewiesen und 19 mit summarischen Urteilen zugunsten der Beklagten entschieden, aber nur 11 endeten mit Vergleichen und lediglich 4 mit summarischen Urteilen zugunsten der Kläger (einer blieb unaufklärbar). Keiner der 73 Fälle wurde ins Hauptverfahren gebracht. Zum Vergleich wurden von den 46 zugelassenen Sammelklagen 36 verglichen und 10 im Hauptverfahren entschieden. Die meisten Zulassungstreitigkeiten gingen um die "Adäquanz" oder die "Typizität" des benannten führenden Klägers. B Garth, IH Nagel und SJ Plager, 'The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation' (1987-88) 61 *Southern California Law Review* 353.

⁵ Schadensersatzklagen bildeten höchstens 2,7% aller zivilrechtlichen Fälle, die bei allen Bundesgerichten zwischen 1972 und 1977 eingereicht wurden: R Bernstein, 'Judicial Economy and Class Actions' (1978) 7(2) *The Journal of Legal Studies* 349-370. In Kalifornien machten Sammelklagen zwischen 2000 und 2006 weniger als ein halbes Prozent aller Zivilrechtsstreite aus: H Heiman, *Findings of the Study of California Class Action Litigation, 2000-2006* (Judicial Council of California, Administrative Office of the Courts, 2009).

Gerichte auszumachen, die dann in Form von Klägergruppenbestätigungs-Verfahren und gerichtlichen Vergleichsverhandlungen anfällt.

Ein drittes Ziel wird dem amerikanischen Modell zugesprochen, nämlich Abschreckung, in der Vorstellung, dass die Internalisierung unerwünschter externer Kosten, die eine geschäftliche Aktivität zur Folge hat, oder die Auferlegung von zusätzlichen Strafschadensersatzzahlungen vor künftigen Rechtsverletzungen abschrecken wird. Das Abschreckungsziel findet sich in manchen europäischen Veröffentlichungen und politischen Aussagen (über Wettbewerbsrecht und Finanzdienstleistungen), aber in manchen Bereichen weniger oft als seine Allgegenwart in der US-Literatur.

Der Umfang, in dem sich durch Tatsachen die Theorie belegen lässt, dass private oder öffentliche Rechtsdurchsetzung tatsächlich Unternehmen von einem bestimmten Verhalten abschrecken, ist in Frage gestellt worden⁶, und dieses weite Feld soll hier nicht weiter diskutiert werden. Es gilt aber, im Folgenden einen wichtigen strukturellen Unterschied zu den europäischen Strukturen hervorzuheben, zu dem das amerikanische Vertrauen auf Abschreckung führt.

Das US Modell

Die Ermutigung zu privater Rechtsdurchsetzung ist ein besonderes Merkmal des US-amerikanischen Rechtssystems.⁷ Sammelklagen sind eine zutiefst politische Waffe und Aktivität im amerikanischen System der Demokratie und Gewaltenteilung.⁸ Die politische Ideologie dahinter ist, einzelne Bürger in die Lage zu versetzen, ihre persönlichen Freiheitsrechte auszuüben. Diesem Modell wird zugeschrieben, dass es die Rechtsbefolgung durch Maximierung der Anzahl der "Vollstreckungsbeamten" in der Bevölkerung maximiert, und dabei die Nachteile der Vollstreckung durch öffentliche Behörden vermeidet, als da sind mögliche Parteilichkeit⁹ und begrenzte Ressourcen.¹⁰

Diese Sichtweise enthält eine wesentliche Vorannahme, nämlich die, dass einzelne Bürger ihre Rechte selbst überhaupt durchsetzen können. Diese Annahme erscheint illusorisch. Die Wahrheit ist, dass Rechtsdurchsetzung in der überwältigenden Zahl der Fälle nur erreicht wird, wenn Intermediäre beteiligt sind.¹¹ So setzt öffentliche Rechtsdurchsetzung typischerweise Beamte voraus, und private Rechtsdurchsetzung typischerweise Rechtsanwälte und Prozessfinanzierer. Durch eine Reihe materieller Anreize ermutigt das Institut der Sammelklage Rechtsanwälte, als Intermediäre zu handeln, und die doppelte Rolle von Prozessfinanzierer und professionellem Parteivertreter wahrzunehmen. Dieses Modell lässt sich dem entstehenden europäischen Modell gegenüberstellen, wo Ombudsstellen oder andere Alternative Streitbeilegungsstellen und öffentliche Behörden die Rollen der Intermediäre übernehmen, zunehmend von der Wirtschaft selbst finanziert. Im US-Klagesystem untersuchen

⁶ CJS Hodges, *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics* (Oxford, Hart, 2015).

⁷ C Hodges, 'Objectives, Mechanisms and Policy Choices in Collective Enforcement and Redress' in J Steele and W van Boom (eds), *Mass Justice* (Edward Elgar, 2011).

⁸ BG Garth, 'Power and Legal Artifice: The Federal Class Action' 26 *Law & Society Review*, (1992) 237 ('Die Sammelklage ist ein politisch ertüchtigendes rechtliches Artefakt'); RA Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law* (Boston, Harvard University Press, 2001); W Haltom, M McCann, *Distorting the Law: Politics, Media, and The Litigation Crisis* (University of Chicago Press, 2004); WV McIntosh and CL Cates, *Multi-Party Litigation: The Strategic Context* (Vancouver, UBC Press, 2009).

⁹ S Farhang 'Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System' (2008) 52 *American Journal of Political Science* 821.

¹⁰ See eg EA Bardach and RA Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness* (Philadelphia PA, Temple University Press, 1982); J-J Laffont and J Tirole, 'The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture' (1991) 106(4) *Quarterly Journal of Economics* 1089.

¹¹ Ein Großteil der europäischen Debatte kann als ein Kreisen um die Frage angesehen werden, ob als Intermediäre private Rechtsanwälte, Verbraucherverbände, öffentliche Behörden, private ADR-Einheiten oder quasi-öffentliche Ombudsstellen dienen sollten.

Rechtsanwälte in der Rolle "privater Generalstaatsanwälte"¹² den Fall, klagen mögliches Fehlverhalten an und verhandeln die Auferlegung abschreckender Strafen unter der Autorität der Justiz.¹³

Im Einklang mit diesem Modell bringt dieses System mit sich, dass es keine Hindernisse für Untersuchungen gibt und dass Anreize für einen Rechtsstreit und den Erfolg von Vergleichsverhandlungen gesetzt werden. Zum ersten geben weitgehende Befugnisse zur Aufdeckung des Geschehens ("Discovery"), zu Hinterlegung von Beweisstücken und Zeugenbefragungen Zugang zum Beweismaterial. Zum zweiten gibt es recht flexible Regeln über den Parteivortrag, der keine detaillierten Fakten enthalten muss und auf Discovery abzielt (notice pleading – der Gegensatz zum ursprünglich auch in den USA üblichen code pleading mit vollem Faktenvortrag ohne discovery), und über die Haftung. Zum dritten gibt es folgende finanzielle Anreize: keine Notwendigkeit für die Kläger, einen Fall zu finanzieren; Finanzierung durch Rechtsanwälte, die auf Basis bedingter Honorarvereinbarungen auf Erfolgsbasis möglich ist (ohne Gewinn kein Honorar) sowie im Wege der Beteiligung am Erlös der Klage; wobei das Gericht die Finanzierung bei Sammelklagen typischerweise in Form eines Prozentsatzes des zuerkannten Schadens festlegt; kein Risiko für den Kläger, im Verlustfalle Kosten tragen zu müssen (d.h. keine Kostenverlagerung); Notwendigkeit für die Beklagten, nach vielen Vorschriften Kosten zu übernehmen;¹⁴ Niveaus an Schadensersatz, die auf Abschreckung abzielen und die ärztlichen Behandlungskosten der Kläger abdecken sollen; die Möglichkeit von Strafschadensersatz oder einer Verdreifachung des Schadensersatzes; und die Möglichkeit, massive Verhandlungsmacht dadurch aufzubauen, dass Klagen massenweise gebündelt werden. Zum vierten können auch noch Elemente öffentlicher Sanktionen genutzt werden: Entscheidungen über Haftbarkeit und Strafen durch Juries, und die Möglichkeit zum Strafschadensersatz.

Jeder US-Bundesstaat hat seinen eigenen Regeln für Sammelklagen. Auf Bundesebene ist es die Rule 23 des Bundesverfahrensgesetzbuchs (Federal Rules of Civil Procedures). Diese Regeln unterscheiden sich alle in einigen Hinsichten: solche Details sind aber nicht erforderlich für die Zwecke der aktuellen Analyse.

Die Bundesprozessregeln sehen folgende Haupttypen der Sammelklagen vor:

- Einstweilige Verfügungen bei immateriellen Streitgegenständen (injunctive relief) und Verurteilung zur Abgabe von Erklärungen (declaratory relief) (Rule 23(b)(2) und Rule 23(b)(1)(A)). Bürgerrechtliche Fälle und andere Fälle, bei denen es um institutionelle Veränderungen geht, Diskriminierung, Umweltverschmutzung.
- Wiedergutmachung durch Geldzahlungen (Rule 23(b)(3) und Rule 23(b)(1)(B)). Die betrifft:
 - Massenklagen wegen unerlaubter Handlungen. Produkthaftung, Unfälle mit Verkehrsmitteln, Gebäudezusammenbrüche, Ölaustritte.
 - Wertpapiere und Aktionäre.
 - Andere finanzielle Schäden, oft abzielend auf die Herausgabe illegal gemachter Gewinne (Gewinnabschöpfung), z.B. Arbeitsverhältnisse, Kartellklagen und

¹² SN Subrin and MYK Woo, *Litigating in America* (New York, Aspen Publishers, 2006).

¹³ S Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge MA, Harvard University Press, 1987), 277-86 (der ex ante mit ex post vergleicht und gegenüberstellt, sowie private mit den staatlichen Herangehensweisen in der Risikoregulierung); S Issacharoff, 'Regulating after the Fact' (2007) 56 DePaul LR 375, 377 ('Was an den Vereinigten Staaten wirklich andersartig ist, ist der Umstand, dass ihr grundlegendes regulatorisches Modell eine nachgelagerte Kontrolle anstelle einer vorherigen Zulassungsprüfung ist . . .'); D Rosenberg, 'The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System' (1984) 97 Harvard LR 849, 853 ('Die Gesellschaft hat sich meistens auf das System der Sanktionierung unerlaubter Handlungen verlassen, sowohl zwecks Verhinderung von Massenunfällen als auch zwecks Entschädigung der Opfer.' wobei von ihm fünf Vorteile dieses Systems gegenüber dem 'konventionellen Verwaltungsprozess' gesehen werden).

¹⁴ Sh. S Farhang, *The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S* (Princeton NJ, Princeton University Press, 2010).

Verbraucherschutz (mit einer breiten Palette dahinterstehender rechtlicher Argumentationsmuster).

Das US-Sammelklagemodell ist das Opt-out-Verfahren: ein einzelner repräsentativer Kläger macht einen Fall rechtshängig, der als ausreichend ähnlich einer ganzen Klasse anderer Fälle angesehen wird, so dass die Entscheidung des exemplarischen Falls alle anderen determinieren und deren Entscheidung festlegen wird - soweit nicht einzelne Klassenmitglieder sich gegen eine Teilnahme entscheiden und ausdrücklich ihre Nichtteilnahme erklären oder es vorziehen, mit einer Einzelklage fortzufahren. Im umgekehrten Modell muss jeder einzelne Kläger sich aktiv für eine Teilnahme an einer Sammelklage entscheiden. Für ein Opt-out-Verfahren gibt es drei hauptsächliche Rechtfertigungen: maximalen Abschreckungseffekt erzielen, die prozedurale Effizienz maximieren, und auf eine umfassende Beilegung des Konfliktfalles hinwirken. So fand Mulherons Vergleich anfänglicher Teilnahme-Quoten in den USA, Australien und Kanada (Nichtteilnahmequotient) bei Opt-out eine höhere durchschnittliche Beteiligungsrate vor (0.03%-100%) als bei Opt-in (0%-40%).¹⁵

Allerdings müssen die Klassenmitglieder, auch wenn die Klasse durch ein Opt-out-Verfahren geschaffen und ohne die Teilnahme der anderen Klassenmitglieder durchgefochten werden kann, dann ausdrücklich ihre Teilnahme erklären, wenn sie sich die zugesprochenen Ansprüche auszahlen lassen wollen, nachdem ein Vergleich ausgehandelt ist; dies gilt zumindest bei Klassen mit zahlreichen und weit verteilten Klägern wie bei Verbraucherklagen. Die nachfolgend angeführten Zahlen weisen darauf hin, dass die Opt-in-Zahlen in Verbraucherfällen niedrig sein können.

Die von Willging, Hooper and Niemic 1996 erhobenen Daten aus vier Distrikt-Bundesgerichten wiesen 407 Sammelklageanträge aus, von denen 152 (37%) als Sammelklagen zugelassen und von denen wiederum 59 (39%) lediglich für Vergleichsverhandlungen zugelassen wurden.¹⁶ Die am meisten bestätigte Klasse betraf Rule 23(b)(3) 'opt-out class', wobei es sich in 50% bis 85% der zugelassenen Fälle um Wertpapierfälle handelte. Die zweitmeist genutzt Klasse war Rule 23(b)(2) oder die Klasse der einstweiligen Verfügungen ('injunctive class'), von denen Bürgerrechtsfälle verschiedener Spielarten die wahrscheinlichsten waren, was in 17% der 44% bestätigten Klassen der Fall war.

Obwohl Sammelklagen eine lange Geschichte in den USA haben,¹⁷ setzte ihre intensive Nutzung Mitte der 60er Jahre unerwartet ein. Die massive Steigerung hatte drei Hauptursachen: zum ersten gab es eine Krise im Bereich der Bürger- und Teilhaberechte, für die keine klare politische oder soziale Lösung zur Verfügung stand;¹⁸ zum zweiten wurde die Rule 23 der Bundesprozessregeln 1966 fast unbeabsichtigt liberalisiert; und zum dritten ermutigten diese beiden Elemente kombiniert mit der Entscheidung des Kongresses für eine einseitige Kostentragung in Bürgerrechtsfällen zu einer vermehrten Einschaltung der Gerichte in solchen Fällen.¹⁹

Anwälte nutzten die Gelegenheit zur Ausweitung der privaten Rechtsdurchsetzung, und der Kongress zog einer Durchsetzung rechtlicher Regeln durch Behörden den Erlass einer wachsenden Zahl von Regeln über die Kostentragung für die Verfahren vor.²⁰

¹⁵ R Mulheron, Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need, A Research Paper for submission to the Civil Justice Council of England and Wales (London, Civil Justice Council, 2007).

¹⁶ TE Willging, LL Hooper and RJ Niemic, Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules (Washington, D.C., Federal Judicial Centre, 1996).

¹⁷ SC Yeazell, From Mediaeval Group Litigation to the Modern Class Action (New Haven, Yale University Press, 1987).

¹⁸ SC Yeazell, 'Brown, the Civil Rights Movement, and the Silent Litigation Revolution' (2004) 57 Vanderbilt Law Review 1975-2003.

¹⁹ S Farhang, The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S (Princeton NJ, Princeton University Press, 2010).

²⁰ *ibid.*

Es verdient in Erinnerung gerufen zu werden, dass einzeln Fälle durch verschiedene Techniken miteinander verbunden werden können, die zusammengelegte Verhandlung ebenso umfassen wie das insolvenzrechtliche Schutz- und Reorganisationsverfahren, und die informelle Klagebündelung.²¹ Die Bundesrichter wendeten als ein weiteres wichtiges Verfahren zur Zusammenführung ähnlicher Sammelklagen bei der Vorbereitung der Verhandlung die "multi-districting rule (MDL - Multi-District-Litigation)" an.²² Das darin berufene Entscheidungsgremium hat die Befugnis, eine solche Zusammenlegung von Fällen aus dem ganzen Land zu entscheiden, und danach behandelt ein einzelnes Gericht die Fälle alle zusammen, bevor es sie - in der Theorie - zur finalen Entscheidung an die ursprünglichen Gerichte zurückverweist. Das Verfahren nach der sog. Multi-Distrikt-Regel (MDL) hat sich in einigen Hinsichten sowohl für die Kläger (durch Kostenteilung, gemeinsame Nutzung von Informationen, Arbeitsteilung zwischen mehreren Klägern) als auch für die Beklagten (namentlich für die Benennung von Zeugen) als vorteilhaft erwiesen.²³ Es kann die bevorzugte Vorgehensweise sein, wenn Klagen sich nicht für eine Bestätigung als Sammelklage eignen, z.B. wenn es sich um einzelne Produkthaftungsklagen handelt, die vielfältige individuelle Streitpunkte enthalten.

Die Wirklichkeit der Erfahrungstatsachen

Empirische Erforschung der real-existierenden Welt der Sammelklagen ergibt ein Tatsachenbild, das stark von dem oben geschilderten Idealbild abweicht. In den 1960er Jahren entwickelten sich die Sammelklagen als ein "Weg für eine Minderheit, um Beseitigung schwerer Beeinträchtigungen nachzusuchen"²⁴, wobei der Rechtsstreit eine "Form für den Ausdruck politischer Überzeugungen" war.²⁵ Seitdem hat sich der Fokus von sozialreformerischen Fällen weg verschoben zu Themen wie Marktregulierung von Geschäftsaktivitäten, Verbraucherschutz, Wettbewerb, Anlegerschutz, Gefangenrechte, Umweltschutz und Völkermord.

In starkem Kontrast zu den Eingriffsbefugnissen gegenüber Marktteilnehmern ist die US-Regierung im allgemeinen durch die Lehre von der souveränen Immunität vor Klagen gefeit. Das Bundesgesetz über unerlaubte Handlungen (Federal Tort Claims Act - FTCA) gewährt hierzu eine begrenzte Ausnahme für Umstände, unter denen die Vereinigten Staaten in einer Weise handeln, die dem Handeln einer Privatperson vergleichbar ist (z.B. medizinische Behandlungen in einem Kriegsveteranen-Krankenhaus) und unter denen die Privatperson nach den anwendbaren Gesetzen des jeweiligen Bundesstaates haften würde. Das Bundesgesetz über unerlaubte Handlungen schließt aber ausdrücklich Klagen gegen den Bund aus, die sich auf die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Ermessensentscheidung beziehen.

Problempunkte, die im Folgenden näher untersucht werden, sind die Selektivität in der Art der weiterverfolgten Fälle, die Transaktionskosten, die Abzüge von den Schadensersatzzahlungen an die Kläger, das potentielle Ungleichgewicht in den Anreizen für die Klägeranwälte, die Beklagten zu Vergleichen ungeachtet der Begründetheit zu zwingen, Interessenkonflikte der Klägeranwälte, und der

²¹ See DR Hensler, 'Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Actions and Other Large Scale Litigation' (2001) *Duke Journal of Comparative & International Law* 179.

²² 28 U.S.C. § 1407 (1997).

²³ SM Olson, 'Federal Multidistrict Litigation: Its Impact on Litigants' (1983) 13(3) *Justice System Journal* 341-64. Sh. auch Judicial Conference of the United States, Advisory Committee on Civil Rules, Report of the Advisory Committee on Civil Rules and the Working Group on Mass Torts to the Chief Justice of the United States and to the Judicial Conference of the United States (1999). Sh. auch MS Williams and TE George 'Who Will Manage Complex Civil Litigation?: The Decision to Transfer and Consolidate Multidistrict Litigation' (2013) 10(3) *Journal of Empirical Legal Studies* 424-461; DF D'Onfro, 'Multidistrict Litigation: A Surprising Bonus for Pro Se Plaintiffs and a Possible Boon for Consumers' (March 3, 2010), abrufbar bei <http://ssrn.com/abstract=1563>.

²⁴ *NAACP v Button* 371 US 415 (1963) at 431.

²⁵ *ibid* at 429.

potentielle Missbrauch wie gerade die Tendenz, große Firmen anzugreifen, bei denen man "tiefe Taschen" vermutet.²⁶

Trotz der umfangreichen Literatur, die den Wert der US Theorie und Praxis der Sammelklagen für die Rechtslehre betont, ist es bemerkenswert, dass die obigen Themen nicht breiter diskutiert werden, und es gibt eine relativ übersichtliche Anzahl von Quellen empirischer Forschung.²⁷ Es sollte betont werden, dass die obigen Merkmale aus der US-Lehre zur privaten Rechtsdurchsetzung heraus beabsichtigt sind und daher von manchen als akzeptabel angesehen werden mögen. Europäische Politiker hingegen haben das US-Modell als missbrauchsgeneigt abgelehnt.²⁸ Farhang stellt fest²⁹ dass viele US-Wissenschaftler zu dem Schluss kommen, dass private Rechtsdurchsetzungssysteme im Gegensatz zu hoheitlicher Rechtsdurchsetzung folgende Nachteile aufweisen: (1) sie produzieren Inkonsistenzen und Ungewissheit (da die Handlungsanweisungen aus einer Vielzahl von Klägern und Richtern herausgelesen werden müssen); (2) es wird weniger fachspezifische Expertise mobilisiert; (3) sie sind grundlos konfrontativ und untergraben damit Kooperation und freiwillige Rechtsbefolgung; (4) sie sind extrem teuer; und (5) sie sind schmerzhaft langsam und schwerfällig.³⁰

Selektivität für bestimmte Klagegegenstände

Studien haben gezeigt, dass bestimmte Arten der Sammelklagen weit öfter vorkommen als andere. Dies überrascht nicht, da die Investitionsentscheidung für bestimmte Fälle von privaten Intermediären nach ihrem Belieben getroffen wird, das sich oft an der Maximierung des persönlichen finanziellen Gewinns und des Zuwachses an Reputation orientieren wird. Als eine Konsequenz aus der amerikanischen Politik privater Rechtsdurchsetzung wurde das Systemversagen benannt, dass die normalen Bürger ihre Rechtsprobleme nicht lösen können, trotz eines scheinbare hohen Volumens an Klagen in diesem Land. Hadfield hat festgestellt, dass es für Einzelne in einer ganzen Reihe Staaten der ersten Welt durchgängig

²⁶ JC Alexander, 'Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions' (1991) 43 Stanford Law Review, 497 (mit der Feststellung, dass jedes Unternehmen der untersuchten Gruppe mit einem Verlust von mehr als \$20 Millionen bei einem Börsengang (IPO) verklagt wurde, während bei kleineren Börsengängen nicht geklagt wurde).

²⁷ Eine Zusammenfassung der empirischen Forschung zu verschiedenen Aspekten der US Sammelklagen einschließlich einiger unten nicht abgedeckten Aspekte veröffentlichte N Pace, 'Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature' (2007), abrufbar unter http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA_National_Report.pdf. Er stellt auch eine Reihe von Gründen fest, warum so wenige Daten gesammelt wurden und worin die Beschränkungen der vorhandenen Daten bestehen. Die vorliegende Zusammenstellung hat alle Originalquellen durchgesehen, gegen die von Pace erstellte Zusammenfassung abgeglichen und neuere Studien hinzugefügt.

²⁸ Grünbuch Kollektiver Verbraucherrechtsschutz, COM(2008) 794, 27.11.2008, para. 48 (Sammelklagen nach US-Vorbild waren in der EU nicht akzeptabel, weil sie "Mißbrauch" verursachen durch einen "giftigen Cocktail" von "Zutaten", die nicht Teil der europäischen Rechtstradition sind und nicht in der EU zugelassen werden sollten); Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. Februar 2012 über einen 'Kohärenten Europäischen Ansatz für die kollektive Rechtsdurchsetzung' 2011/2089(INI), Abschnitt 2 (stellte fest, dass "der US Supreme Court sich bemühte, willkürliche Rechtsstreite und einen Mißbrauch des US-Sammelklagesystems einzugrenzen" und betonte, dass Europa "sich hüten muss, ein Sammelklagesystem nach US-Muster oder irgendeine Art von System einzuführen, das nicht die europäischen Rechtstraditionen respektiert"); Mitteilung der Kommission "Zu einem Horizontalen Europäischen Rahmen für Kollektivklagen", COM(2013) 401/2, 11.6.2013 (Kollektivklagen "dürfen nicht mißbräuchliche Rechtsstreite auf sich ziehen oder schädliche Wirkungen für die Beklagten haben, die vom Verfahrensergebnis unabhängig sind. Beispiele für solche schädlichen Wirkungen können insbesondere bei "Sammelklagen" beobachtet werden, wie sie aus den USA bekannt sind. Der europäische Ansatz zu kollektiven Rechtsbehelfen muss deshalb ausgiebige Überlegungen zur Verhinderung dieser negativen Auswirkungen anstellen und angemessene Schutzvorkehrungen gegen sie treffen.")

²⁹ S Farhang 'Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System' (2008) 52 American Journal of Political Science 821.

³⁰ E Bardan and R Kagan Going by the Book 2002; F Cross, 'Rethinking Environmental Citizen Suits' (1989) 8 Temple Environmental Law & Technology Journal 55, 67-69; RA Kagan, Adversarial Legalism: The American Way of Law (Boston, Harvard University Press, 2001); RB Stewart and CR Sunstein, 'Public Programs and Private Rights' (1981- 1982) 95 Harvard Law Review 1193.

Berichte über Probleme bei der Rechtsdurchsetzung gibt, mit der Ausnahme von Japan, von wo niedrigere Prozentsätze berichtet werden.³¹ Sie fand aber markante Unterschiede bei den Prozentsätzen, zu denen die Leute mit Blick auf rechtliche Schwierigkeiten überhaupt nichts unternehmen: den 29 oder mehr Prozent in den USA³² stehen für das Vereinigte Königreich 3-5%, für die Niederlande 10% und für die Slowakei 18% gegenüber, was sie auf deutlich mehr Ressourcen in den drei letztgenannten Staaten zurückführt, die dort den einfachen Bürgern für die Problemlösung und rechtliche Beratung zur Verfügung stehen. Sie schließt daraus, dass das Problem in dem Umstand liegt, dass Aufsicht und Regulierung der Rechtsdienstleistungen und die Problemlösung in anderen Staaten als den USA von der Zentralregierung aus beaufsichtigt werden, dass hingegen diese Aufgaben in den USA privaten Dienstleistern, hauptsächlich den dort privat organisierten Rechtsanwaltsvereinigungen obliegen, und dass dies zu einer erheblichen Lücke bei diesen Dienstleistungen führt. Sie stellte das breite Angebot an Rechtsberatung für Firmen dem vollständigen Fehlen für normale Bürger gegenüber, was sie anhand der Komplexitäten der Refinanzierungsverträge für Hypothekenkredite illustrierte.³³

Mehrere Studien haben bestätigt, dass Wertpapierfälle durchgängig mit Abstand die größte Gruppe der Sammelklagen bilden. Die von Hensler erstellte Übersicht über alle für 1995-1996 auffindbaren Sammelklagen ergab, dass Wertpapierfälle und Fälle der Verletzung finanzieller Interessen zahlreicher waren als Fälle massenhafter Gesundheitsverletzungen durch unerlaubte Handlungen, und dass sozialreformerische politische Fälle nur eine Minderheit sind.³⁴

Die Studie von Eisenberg und Miller aller Sammelklagen, die Gerichte zwischen 1993 und 2002 zuließen, ergab eine Aufteilung von 39% Wertpapierfälle, 18% Verbraucherfälle, 10% Kartellfälle, 8% Arbeitsrechtliche und Kollektivstreitigkeiten, 6% Zusatzleistungen für Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis und 3% Bürgerrechtsfälle.³⁵ Fitzpatricks Studie aller 668 Vergleiche von Sammelklagen, die Bundesurteile von 2006 bis 2007 genehmigt haben, ergab die in Tabelle 1 wiedergegebene Aufteilung.³⁶ Nach Streitgegenständen stellten auch hier Wertpapierfälle die anderen in den Schatten:

³¹ GK Hadfield, 'Higher Demand, Lower Supply? A Comparative Assessment of the Legal Resources Landscape for Ordinary Americans' (2009) 37 Fordham Urban Law Journal 129. Sie verglich Daten aus einer Reihe von Überblicken über "justiziable Bedürfnisse" von Einzelpersonen in England, Japan, den Niederlanden, Schottland, der Slowakei und den USA.

³² Supporting Justice: A Report on the Pro Bono Work of America's Lawyers (American Bar Association, 2005).

³³ LE Wills 'Decisionmaking and the Limits of Disclosure: The Problem of Predatory Lending: Price' (2006) 65 Maryland Law Review 707.

³⁴ DR Hensler, B Dombey-Moore, B Giddens, J Gross, EK Moller and NM Pace, Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain (RAND Institute for Civil Justice, 2000).

³⁵ T Eisenberg and GP Miller, 'Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study' (2004) 1(1) Journal of Empirical Legal Studies 27-78.

³⁶ BT Fitzpatrick, 'An Empirical Study of Class Action Settlements and their Fee Awards' (2010) 7(4) Journal of Empirical Legal Studies 811-846. Fitzpatrick schrieb die Unterschiede dem Umstand zu, dass seine Daten bundesstaatlich anerkannte Vergleiche enthielt, während Eisenberg und Miller auch einzelstaatliche Gerichte einbezogen, sich auf veröffentlichte Rechtsgutachten verließen und Fälle mit Kostenumverteilung ausschlossen.

Tabelle 1. Verteilung gerichtlich genehmigter Vergleiche von Sammelklagen auf US-Bundesebene 2006-2007

Streitgegenstand	Anzahl Vergleich im Jahre	
	2006	2007
Wertpapiere	122 (40%)	135 (35%)
Arbeitsverträge und arbeitsrechtliche Kollektivklagen	41 (14%)	53 (14%)
Verbraucherschutz	40 (13%)	47 (12%)
Zusatzleistungen für Arbeitnehmer	23 (8%)	38 (10%)
Bürgerrechte	24 (8%)	37 (10%)
Forderungseintreibung	19 (6%)	23 (6%)
Kartellrecht	13 (4%)	17 (4%)
Commercial	4 (1%)	9 (2%)
Sonstige	18 (6%)	25 (6%)
Insgesamt	304	384

Fitzpatrick fand heraus, dass die Verteilung der Streitgegenstände bei den Vergleichen sich nicht wesentlich von der bei den nicht verglichenen Fällen unterscheidet, mit zwei Ausnahmen. Die eine sind die Verbrauchersfälle, die bei Vergleichen fast dreimal häufiger anzutreffen waren (15,9%) als bei den nicht verglichenen Fällen (5,9%); die andere waren die Bürgerrechtsfälle, die viermal öfter unter den nicht verglichenen Fällen waren (18,0%) als bei den verglichenen Fällen (4,5%).

Es wäre logisch anzunehmen, dass spezialisierte Anwälte es vorziehen sich auf Fälle zu konzentrieren, die ihr Einkommen maximieren. Kritzer hat den Umstand herausgestellt, dass örtliche Kanzleien sich um Fälle kümmern, die ihnen angetragen werden.³⁷ Dagegen sind die gewinnträchtigsten Arten der Sammelklagen klar bei einer kleinen Zahl von Kanzleien konzentriert, die es darauf anlegen, auf externe Impulse möglichst schnell zu reagieren und dadurch den Konkurrenten zuvorzukommen.

Nachweise für eine solche Konzentration und Spezialisierung unter den Sammelklageanwälten auf Fälle mit hohem Verdienstpotalential lieferte 1996 die Studie von Willging, Hooper und Niemic. Demnach fungierten 12 von den 160 Kanzleien in den 156 Fällen als führende oder mitführende Kanzlei in 4 oder mehr Fällen.³⁸ Im Ganzen betreuten diese 12 Kanzleien führend 95 Fälle, 63% der in der Studie gerichtlich bestätigten Fälle. Der Median der Gebührenrechnungen in der begrenzten Zahl von Fällen mit Daten dazu überschritt \$36.000 für die Mitteilung der gerichtlichen Bestätigung oder den Vergleich oder beides. In Fällen, bei denen die Klägergruppe einfach quantifiziert werden konnte, betrug die "Gebühren-Rückholquote" (Gebühren als ein Prozentsatz der Gesamtkosten des Vergleichs für den Beklagten) selten die traditionelle Erfolgsbeteiligungsquote von 33,3%. Die "Gebührenrückholquote" überstieg in 11% oder weniger der verglichenen Fälle 40%, von denen die Hälfte nicht quantifizierbare Ansprüche wie eine dauerhafte Unterlassungsverfügung umfasste.

³⁷ HM Kritzer, *The Justice Broker* (New York, Oxford University Press, 1990) (mit wenig Korrelation zwischen der Art der Gebührenvereinbarung und der Zeit, die Anwälte in ihre Fälle investieren); HM Kritzer, 'Lawyer Fees and Lawyer Behaviour in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?' (2002) 80 *Texas Law Review* 1943.

³⁸ TE Willging, LL Hooper and RJ Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules* (Washington, D.C., Federal Judicial Centre, 1996).

Weitere Belege für die Konzentration ergaben sich aus einer Studie von 755 Wertpapierfällen, die zwischen Dezember 1995 und August 2005 verglichen wurden. Die Vergleichsbeträge summierten sich auf \$25,4 Milliarden. Fünf Kanzleien betreuten 70% der 755 Fallgruppen. Eine einzige Kanzlei betreute 43% der Fallgruppen und erwirtschaftete daraus Gebühren und Auslagenersatz in Höhe von \$ 1,7 Milliarden.³⁹

Nora Freeman Engstrom hat die Aufmerksamkeit auf die tausenden von Individualklagen gelenkt, die außerhalb der Gerichte durch Praktiken bei hochvolumigen Verfahren wegen körperlicher Verletzungen erfolgen: nach aggressiver Werbung werden massenhaft Vergleiche mit den beklagten Versicherern geschlossen, typischerweise mit wenig Mandanten-Beteiligung, kursorischer Prüfung der Fakten, ohne Klagen vorzubereiten, und noch weniger sie tatsächlich zu erheben (sog. "Vergleichs-Fabriken").⁴⁰ Sie legte dar, dass solche Wiederholungstäter die Vergleichsbeträge nicht auf gerichtlich gesteuerte Präzedenzfälle stützen, sondern auf formularmäßige Pauschalannahmen, die sich an früheren Vergleichen orientieren sowie an der Schwere der Verletzungen des Klägers (ähnlich den „Gliedertaxen“, die es in manchen verschuldensunabhängigen Ausgleichssystemen, aber auch in manchen Rechtsordnungen für schuldhaft Verletzungen gibt), gestützt auf die Behauptung, dass diese Zusammenarbeit insofern ökonomisch für beide Seiten profitabel war, als sie weiteren Rechtsstreit verhindern konnte.

Analyse nach Falltypen

Der folgende Abschnitt stellt die Ergebnisse aus einiger der wichtigsten empirischen Studien von US-Sammelklagen nach Fallgruppen dar.

Wertpapierfälle

Wertpapiersammelklagen auf Schadensersatz hat es ausgiebig über mehrere Jahrzehnte gegeben.⁴¹ Förmliche Bestätigung einer darin intendierten Abschreckungswirkung erhielten die Wertpapierklagen durch das Oberste Bundesgericht.⁴²

Demgegenüber gab es vor 2006 nur selten als Alternative zu den Schadensersatzklagen Vollstreckungsmaßnahmen in Form administrativ seitens der Securities and Exchange Commission (SEC) verhängter Strafzahlungen, und wenn, dann in anderen Szenarios als bei den Sammelklagen.⁴³ Der "Private Securities Litigation Reform Act" von 1995 (PSLRA)⁴⁴ ermöglichte es Aktionären, irgendeine Verletzung von Abschnitt 10(b)-5 des Wertpapiergesetzes von 1934 geltend zu machen, das sehr weit gefaßt war und u.a. jegliche Manipulation und irreführende Aktivität der Geschäftsführer und des Unternehmens insgesamt verbietet und Verhaltenspflichten für die Geschäftsführung definiert.⁴⁵ In

³⁹ AV Thakor, JS Nielsen and DA Gulley, *The Economic Reality of Securities Class Action Litigation* (Navigant Consulting and the US Chamber Institute for Legal Reform, 2005).

⁴⁰ NF Engstrom, 'Run-of-the-Mill Justice' (2009) 22 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 148.

⁴¹ See <http://securities.stanford.edu>. See also Cornerstone Research, *Securities Class Action Filings. 2008: A Year in Review* (2009); and annual surveys by NERA, such as R Comolli and S Starykh, *Recent Trends in Securities Class Action Litigation: 2014 Full-Year Review* Settlement amounts plummet in 2014, but post-Halliburton II filings rebound (NERA, 2015).

⁴² *Herman & MacLean v Huddleston*, 459 US 375, 380 (1983);

⁴³ J Larsen, E Buckberg and B Lev, 'SEC Settlements: A New era Post-SOX' (NERA, 2008).

⁴⁴ Pub. L. No. 104–67, 109 Stat. 737 (1995). This amended the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934, and is codified in scattered sections of 15 U.S.C.

⁴⁵ Die Pflichten können aufgeteilt werden in solche der natürlichen Personen (Verletzung von Loyalitätspflichten durch Manager); und solche der Einheiten (Verletzung der Sorgfaltspflicht, die die Anwendung 'vernünftiger Fähigkeiten, Sorgfalt und insbesondere Vosicht im Handeln des Vorstands' erfordert).

den Jahren 2006 und 2007 sorgte eine Reihe von Berichten über Prozessrisiken für große Besorgnis an den Märkten für Unternehmenswerte.⁴⁶

Seit 1997 gab es pro Jahr rund 200 bis 250 Wertpapiersammelklagen auf Bundesebene, mit Ausnahme eines Ausreißers nach oben von 508 im Jahre 2001 und nach unten von 132 im Jahre 2005.⁴⁷ Fälle behaupteter Verstöße gegen Rule 10b-5 Abschnitt 11 und/oder Abschnitt 12 werden als wertpapierhaftungsrechtliche Normalfälle angesehen und stellen die Mehrheit, während es bei einem kleineren Teil um Widersprüche gegen Unternehmenszusammenschüsse und einige weitere Klagetypen geht.⁴⁸ Mehr als die Hälfte der Fälle der letzten fünf Jahre hat durchgängig die drei Sektoren Gesundheitstechnologie und -dienstleistungen, Finanzen sowie elektronische und technische Dienstleistungen betroffen.⁴⁹ Der Median der Zeit, die zwischen dem Ende der vorgeschlagenen Gruppenperiode und der Einreichung der Klage liegt, ist von 30 Tagen im Jahre 2010 auf 17 Tage sowohl in 2013 als auch in 2014 gefallen.⁵⁰

Im Jahre 2014 wurde in 95% der in den NERA Daten enthaltenen Wertpapierhaftungsfälle Klageabweisung beantragt, und das Gericht entschied davon 80%.⁵¹ 48% der Klageabweisungsanträge wurde stattgegeben, 26% teilweise stattgegeben und teilweise nicht, und 21% wurden abgewiesen.⁵² Die meisten Wertpapiersammelklagen 2014 (73%) wurden also verglichen oder abgewiesen bevor ein Antrag auf Bestätigung der Klasse gestellt worden war.⁵³ Damit erreichten nur 15% der solchermaßen eingereichten Fälle eine Entscheidung über die Bestätigung als Sammelklage. Von den Fällen, die NERA aus 2014 analysierte, wurden 13% in weniger als einem Jahr gelöst, 25% dauerten 1 bis 2 Jahre, 21% benötigten zwischen 2 und 3 Jahren, und 26% nahmen mehr als 4 Jahre bis zu ihrer Lösung in Anspruch.⁵⁴

Wertpapiersammelklagen sind stark kritisiert worden. 1991 stellt Alexander fest, dass ein Erlös abhing vom Vorliegen eines großen Verlustes als auslösendem Moment, wohingegen kein Beweis dafür erforderlich war, dass tatsächlich eine Verletzung des Wertpapierrechts vorgekommen war.⁵⁵ Das Ergebnis war, dass Wertpapiersammelklagen als Versicherung gegen Marktverluste wirkten, aber nur einer kleinen Anzahl institutioneller Investoren als Versicherung gegen deren spekulative Anlagen zugutekamen, hingegen den Kleinanlegern wenig nutzten, während sie zugleich Kapital der Aktionäre

⁴⁶ Committee on Capital Markets Regulation, Interim Report (2006) http://www.capmkts.org/pdfs/11.30Committee_Interim_ReportREV2.pdf (Paulson Committee; stellt das Wachstum bei Private Equity und erhöhtes Klagerisiko hinsichtlich Offenlegungen bei öffentlichen Gesellschaften fest); Commission on the Regulation of US Capital Markets in the 21st Century, Report and Recommendations (2007) abrufbar unter <http://www.capitalmarketscommission.com> (empfahl, dass jede private Klage die Beträge berücksichtigen sollte, die die SEC gemäß section 308 des Sarbanes-Oxley-Act erhebt, der es der SEC gestattet, geschädigten Personen alles Geld aus Strafen oder Gewinnabschöpfungen zuzuwenden (sog. Fair Fund authority, oft angewendet; äußerte Sorgen über die Machbarkeit für die "großen fünf" Wirtschaftsprüferfirmen und schlug bindende Schiedsgerichtsbarkeit als eine Alternative zu Sammelklagen vor); McKinsey & Co., Sustaining New York's and the US' Global Financial Services Leadership (2007) abrufbar unter http://www.schumer.senate.gov/SchumerWebsite/pressroom/special_reports/2007/NY_REPORT%20FINAL.pdf; MR Bloomberg and CE Schumer, Sustaining New York's and the US's Global Financial Services Leadership (2007).

⁴⁷ R Comolli and S Starykh, Recent Trends in Securities Class Action Litigation: 2014 Full-Year Review Settlement amounts plummet in 2014, but post-Halliburton II filings rebound (NERA, 2015).

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ *ibid.*

⁵¹ *ibid.*

⁵² *ibid.*

⁵³ *ibid.*

⁵⁴ *ibid.*

⁵⁵ JC Alexander, 'Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions' (1991) 43(3) Stanford Law Review 497-598.

zerstörten. Im Jahre 2004 äußerte Choi Sorge über drei Probleme: willkürliche Klagen; Fehlen von Anreizen für Klägeranwälte, kleinen Gesellschaften Aufmerksamkeit zu schenken; und das Agentur-Problem zwischen Klägeranwälten und der von ihnen vertretenen Kläger-"Klasse".⁵⁶ Willkürliche Klagen schienen durch den Umstand gefördert zu werden, dass die D&O-Versicherungen nicht eintreten würden, wenn die Unternehmensleiter für schuldig befunden wurden, die Wertpapiergesetze gebrochen zu haben. Daher werden Fälle oft unabhängig von ihrer Begründetheit verglichen, um den Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten.

Coffee bemerkte 2006, dass Wertpapiersammelklagen enorme Strafsanktionen verhängen, aber wenig Schadensersatz und nur begrenzt eine Abschreckungswirkung abwerfen, weil sie im wesentlichen karussellartig wirken: von einer Firma zu zahlender Schadensersatz verteilt sich auf zahlreiche Aktionäre.⁵⁷ Dies führt zu einer Verlagerung aus den Taschen des einen Aktionärs zu denen eines anderen. Dieses Gleichgewicht nutzt den Insidern des Unternehmens, den Versicherern und den Klägeranwälten, aber nicht den Investoren, insbesondere nicht den Angestellten oder den kleineren "buy-and-hold" Investoren. Solch eine Vollstreckungspraxis widersprach der erklärten politischen Linie, die darin bestand, dass große finanzielle Strafen vermieden werden sollten, wenn sie in ungerechter Weise die unschuldigen Aktionäre treffen.⁵⁸ Wenn Aktionäre ihr Investment halten, ist die Schadensersatzklage zirkulär, weil sie teilweise die Vergleichszahlung finanzieren und dadurch einen dauerhaft niedrigeren Aktienpreis erleiden.⁵⁹ Solche Taten mögen Firmen wirksam davon abhalten, überhaupt Aktien auszugeben, oder Voraussagen über die künftige Entwicklung des Unternehmens zu machen. Denn es ist belegt, dass ein bestimmter Typ belästigender Klagen dadurch begünstigt wird.

Coffee stellte fest, dass Wertpapiersammelklagen nur einen winzigen Anteil des Schadens der Investoren erbringen: die jährlich von NERA veröffentlichte Quote bei Vergleichen überstieg nie 7,2% in den zwischen 1991 und 2004 erfassten Fällen, und lag kürzlich unter 3%, während die Kosten der Anwälte 32% der Vergleichssumme ausmachten.⁶⁰ Er hielt fest, dass das Topmanagement sehr wahrscheinlich die Rolle des Beklagten übernehmen müsse, nicht hingegen die von außerhalb der Firma gekommenen Direktoren oder Wirtschafts- und Buchprüfer (4%) oder die Zeichner von Emissionen der Firma. Allerdings tragen solche Insider selten finanziell zu einer Vergleichslösung bei.⁶¹ Wo der Beklagte eine solvente Firma war, würde der Versicherer alles bis zu den Obergrenzen der Policen bezahlen, und das Unternehmen würde den Rest übernehmen.

Da die Kosten der Versicherung den Aktionären zur Last fallen, lief der Abschreckungsgedanke leer; er beruhte bestenfalls auf der Unternehmenshaftung, was zu gesteigerter Überwachung der Funktionsträger der Unternehmen führte.

⁵⁶ SJ Choi, 'The Evidence on Securities Class Actions' (2004) 57 *Vanderbilt Law Review* 1465-1525.^[1]^[SEP]

⁵⁷ JC Coffee, Jr, 'Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its Implementation' (2006) 106 *Columbia Law Review* 1534.^[1]^[SEP]

⁵⁸ Press Release, U.S. Securities & Exchange Commission, Statement of the Securities and Exchange Commission Concerning Financial Penalties (January 4, 2006).^[1]^[SEP]

⁵⁹ JD Cox and RS Thomas, with D Kiku, 'Does the Plaintiff Really Matter? An Empirical Analysis of Lead Plaintiffs in Securities Class Actions' (2006) 106 *Columbia Law Review* 1587-1940.^[1]^[SEP]

⁶⁰ JC Coffee, Jr, 'Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its Implementation' (2006) 106 *Columbia Law Review* 1534.

⁶¹ FC Dunbar, VM Juneja and DN Martin, 'Shareholder Litigation: Deterrent Value, Merit and Litigants' Options' (NERA, 1995), abrufbar unter SSRN <http://ssrn.com/abstract=10181>, stellte fest, dass Versicherer 68,2% und Firmen 31,4% zahlten, so dass höchsten 0,4% von einzelnen Vorstandsmitgliedern bezahlt wurden. B.S. Black, B.R. Cheffins and M. Klausner, 'Outside Director Liability' (2006) 58 *Stanford Law Review* 1055-1159.

Auf Basis der Quote eingereichter Klagen aus dem Jahr 2005 stellten Miller et al. fest, dass über eine Fünfjahres-Periode das Durchschnittsunternehmen eine 10%ige Wahrscheinlichkeit hatte, dass es zumindest in eine Aktionärssammelklage verwickelt würde.⁶²

Die Wahrscheinlichkeit einer Klageabweisung hingegen stieg von 19,4% in den Jahren 1993-1995 auf 40,3% in den Jahren 2003-2005, zurückzuführen auf die Einführung von "PSLRA".

2014 ermittelten Krishnan et al., dass in den Jahren 1999 und 2000 in den USA 12% aller Unternehmensfusions- und -übernahmeangebote vor Gericht angegriffen wurden.⁶³ Sie sahen, dass die Hälfte der Streitigkeiten in Delaware erhoben wurde, wo es weniger Hürden für den Abschluss eines Vergleichs gab als bei Bundesgerichten. Für die Jahre vor 2014 stellten Coffee und Palia einen exponentiellen Anstieg von Hedge-Fonds-Aktivismus fest, und dass die Hedge-Fonds "Wolfsrudel" bildeten, um finanzielle Gewinne zu erjagen, dies allerdings nur mit gemischten Ergebnissen.⁶⁴

Das PSLRA setzte verschiedene Reformen um,⁶⁵ einschließlich der Vorgabe, dass vorrangig ein institutioneller Aktionär als führender Repräsentant der Aktionäre dienen solle; es begrenzte die Wählbarkeit von Aktionären für die Rolle des führenden Klägers und die daraus möglichen Verdienstmöglichkeiten; es etablierte neue Melde- und Anzeigepflichten; und es legte fest, dass die Bedingungen des Vergleichs den Gruppenmitgliedern bekannt gegeben werden müssen und unter den allermeisten Umständen "als vertraulich abgeschottete" Vergleiche verboten sind. Dies wurde eingeführt, weil der Kongress glaubte, dass die Wertpapierklägergruppe einen "Besitzer" des Klageergebnisses benötige, und dass die schwachen Anreize für Anwälte, begründete Klagen nachdrücklich zu verfolgen, nicht aufgewogen wurden durch das Eigeninteresse der Mitglieder der Klägergruppe.⁶⁶ Es war beobachtet worden, dass Rechtsanwälte Listen möglicher Kläger und ihrer Aktienpakete führten, und dass ein Richter überwältigt wurde durch ein "crowded docket" (eine überfüllte Prozessliste) und nicht in der Lage war, effektiv die Interessen der Gruppe zu beschützen. Die Reform war vorgenommen worden, um den größten Aktionär einer Gruppe zu ermuntern, die Gruppe zu repräsentieren: dieser Aktionär sollte aktiv das Verhalten ihres anwaltlichen Vertreters beobachten und die Kosten niedrig halten. Die Hoffnung war, das Verhalten der Anwälte zu ändern - es sollte keine "Rennen zu Gericht" mehr geben. Gegen die Vorwürfe, dass Sammelklägeranwälte damit begonnen hatten, Wertpapierbetrugsfälle bei einzelstaatlichen Gerichten einzureichen statt auf Bundesebene, um dem Gesetz von 1995 zu entkommen, verabschiedete der Kongress 1998 das "Wertpapierklagenstandardisierungsgesetz" ("Securities Litigation Uniform Standards Act"⁶⁷, um bei den Einzelstaaten erhobene Klagen wieder der Bundesebene zuzuweisen, außer unter bestimmten, konkret definierten Umständen.

Cox und Thomas berichteten 2006 in ihrer Studie über zehn Jahre Anwendung des PSLRA über Fälle, in denen es Klägern gelungen war, die Honorare der Klägeranwälte herunterzuhandeln.⁶⁸ Allerdings

⁶² RI Miller, T Foster & E Buckberg, Recent trends in Shareholder Class Action Litigation: Beyond Mega-Settlements, is Stabilization Ahead? (NERA, 2006). Die jährliche Wahrscheinlichkeit stieg von 1,6% im Jahre 1995 auf 1,9% im Jahre 2005.

⁶³ CNV Krishnan, RW Masulis, RS Thomas and RB Thompson, 'Jurisdictional Effects in M&A Litigation' (2014) 11(1) Journal of Empirical Legal Studies 132-158.

⁶⁴ JC Coffee, Jr, and D Palia, 'The Impact of Hedge Fund Activism: Evidence and Implications', European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 266/2014, Columbia Law and Economics Working Paper No. 489.

⁶⁵ Im Jahre 1994 belief sich die Summe aller Wertpapiersammelklagevergleiche auf \$899 Millionen: M Bajaj, SC Mazumadar and A Sarin, 'Securities Class Action Settlements: An Empirical Analysis' (2003) 43 Santa Clara Law Review 1001-1033

⁶⁶ Die Erklärung in diesem Absatz folgt JD Cox and RS Thomas, with D Kiku, 'Does the Plaintiff Really Matter? An Empirical Analysis of Lead Plaintiffs in Securities Class Actions' (2006) 106 Columbia Law Review 1587.

⁶⁷ Pub. L. 105-353, 112 Stat. 3227 (1998); codified in scattered sections of 15 U.S.C., including § 78bb(f)(1).^[1]_{SEP}

⁶⁸ JD Cox and RS Thomas, with D Kiku, 'Does the Plaintiff Really Matter? An Empirical Analysis of Lead Plaintiffs in Securities Class Actions' (2006) 106 Columbia Law Review 1587.

stellten sie auch Folgendes fest: Wenn ein Kläger eine große Beteiligung an dem beklagten Unternehmen weiterhielt, führten bei ihm Vergleiche zu verständlicher Frustration, wenn der Vergleich zum Teil vom Kläger selbst zu bezahlen war. Das System bedrohte laufende geschäftliche Beziehungen: die Bestandsaufnahme kennt keinen einzigen Fall, in dem eine Bank, ein offener Aktienfonds oder eine Versicherung als führender Kläger einer Wertpapiersammelklage agiert hätte. Führender Kläger zu werden war mit einiger Besorgnis verbunden, so etwa drohender "Discovery"; Zeitaufwand für die Betreuung des Falls; Risiko des Bekanntwerdens von höchstpersönlichen nicht-öffentlichen Informationen; und drohende Klagen anderer verstimelter Kläger. Größere Investoren zogen es vor, alleine zu klagen. Schwächere Ansprüche verwässerten große oder gut begründete Ansprüche. Die größten Investoren besaßen selten mehr als 5% der Aktien einer Firma, so dass sie sich zu Gruppen zusammenfinden mussten. Rechtsanwälte hatten also weiter große Anteile der Ansprüche, und es gab Hinweise auf "pay-to-play"-Praktiken, wie etwa Zahlungen von Anwälten für politische Kampagnen von der öffentlichen Hand bezahlter Entscheidungsträger. Alles in allem waren viele institutionelle Investoren zögerlich, die Rolle des führenden Klägers zu übernehmen, insbesondere in kleineren Fällen. Institutionelle stellten nur in 5-10% der Fälle den führenden Kläger. Es gab eine Mindestgröße von \$ 1 Mio. Klagesumme, damit ein Institutioneller Kläger werden konnte; und öffentliche Pensionsfonds als Kläger hatten die größten Potentiale um als Mandanten das Handeln ihrer Gruppenanwälte zu überwachen.

In 388 Sammelklagen hatte PSLRA keine wesentlichen Auswirkungen auf die Höhe des Vergleichs, und die Forscher fragten sich, ob es den Aufwand wert war. In einer Teilmenge von 35 Vergleichen hatten die öffentlichen Pensionsfonds sehr viel höhere Ansprüche in Dollar als andere Arten führender Kläger, und sie vertraten einen viel höheren Prozentsatz (4%) der im jeweiligen Fall erhobenen Ansprüche. Dies kontrastierte mit Fällen, in denen einzelne private Investoren als führender Kläger auftraten, die den kleinsten durchschnittlichen Einzelanspruch hatten und im Durchschnitt den kleinsten Prozentsatz (0,11%) der klageweise geltend gemachten Ansprüche selbst einbrachten. Von daher legten die Daten nahe, dass nur institutionelle Investoren als führende Kläger ausreichend große Ansprüche in solchen Fällen hatten, um eine aktive Beaufsichtigung des Sammelklageanwalts rechtfertigen zu können. Die Forscher fanden hinsichtlich nahezu aller Charakteristika keinen wesentlichen Unterschied zwischen den Fällen vor und denen nach der PSLRA-Gesetzgebung: Vergleichsbeträge, Existenzdauer der Klasse, Größe der beklagten Firma, als beweisbar geschätzte Verluste. Nur institutionelle Investoren als führende Kläger scheinen eine Korrelation zu Unterschieden in diesen Kennzahlen aufzuweisen. Die Forscher waren geradezu geschockt herauszufinden, dass der Quotient von Vergleichssummen zu beweisbaren Verlusten in der Zeit nach PSLRA niedriger war. Die Investoren waren somit noch schlechter dran, weil sie nur einen noch niedrigeren Prozentsatz ihrer Verluste zurückbekamen.

2008 schauten sich Cox, Thomas und Bai eine Kohorte von 773 Wertpapierfällen an, die zwischen 1993 und 2005 verglichen worden waren.⁶⁹ Sie beobachteten, dass die Fundiertheit der Beanstandung für die vergleichsweise Beilegung von hoher Bedeutung ist, womit sie Alexanders These widerlegten, dass die Begründetheit der Klage bei Wertpapierfällen irrelevant sei. Es gab Belege, die zugunsten der Regelung des PSLRA über führende Kläger einer Sammelklage sprachen: 18% waren von institutionellen Klägern vorangetrieben worden (Gewerkschaftspensionsfonds, öffentliche Pensionsfonds, andere Institutionelle, im Gegensatz zu Privatanlegern oder Gruppen von Privatanlegern), wie es sich der Kongress gewünscht hatte, und sie trugen in der Tat wesentlich zum Wert des Ergebnisses bei. Zwangsmaßnahmen der SEC hatten dramatischen Einfluss auf die Dynamik der Vergleichsverhandlungen. Die Forscher fanden ihr 2006 gefundenes Ergebnis in der Periode nach der PSLRA-Gesetzgebung (s.o.) bestätigt, dass institutionelle Anleger sich mit höherer Wahrscheinlichkeit in Fälle einmischten, in denen höhere beweisbare Verluste in Rede standen, wenn es gegen Firmen mit größeren Bilanzsummen ging, und bei denen die SEC sich in die Rechtsdurchsetzung eingeschaltet hatte. Die Dauer der Gruppenphase der Sammelklage (ein Näherungswert für den Umfang der Rechtsverletzungen und die Anzahl der

⁶⁹ JD Cox, RS Thomas, L Bai, 'There Are Plaintiffs and ... There Are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements', (2008) 61(2) Vanderbilt LR 355.

betroffenen Investoren) war dagegen unbedeutend. Es gab einige Gründe zur Sorge: 20,5% der Vergleichsabschlüsse lagen unterhalb von \$ 2 Millionen, und ihr Median bei der Hälfte dieses Wertes. Diese Fälle wurden schneller geregelt, hatten kürzere Gruppenphasen, hatten erheblich geringere beweisbare Anlegerverluste, und brachten den Investoren eine geringere Quote an ihren beweisbaren Verlusten als Fälle mit größeren Vergleichssummen (sog. "strike suits"). Kleinere Vergleichsbeträge gab es in Fällen bei niedrig kapitalisierten Unternehmen mit relativ wenigen geschädigten Investoren und somit einem niedrigen Niveau beweisbarer Verluste: aber die Vergleiche schienen den Investoren prozentual zum eingetretenen Verlust ungefähr dieselbe Quote einzubringen.

Einiges deutet darauf hin, dass es mehr die Registrierung einer Sammelklage ist als die Veröffentlichung der zugrundeliegenden Rechtsverletzung, die das Vertrauen des Publikums erschüttert und dazu führt, dass die Kurse der Aktien des betroffenen Unternehmens fallen.⁷⁰ Auswirkungen auf Aktienkurse hängen von der Art des Falles ab.⁷¹ So hat ein Bilanzbetrug dauerhaft kursbeeinträchtigende Wirkung, während Governance-Probleme und ungesetzliche Geschäftspraktiken auch fortwirkende, aber begrenzte negative Wirkung haben, und sich der Kurs nach Fällen von Insiderhandel schnell erholt. Einige "strike suits" gibt es in der Art, dass ein Fall über \$ 2 Mio. für vielleicht die Hälfte dieses Betrag wegen seines Lästigkeitswerts durch einen Vergleich beigelegt wird.⁷²

Im Jahre 2010 sahen sich Bauer und Braun genauer an, wie Aktionärs-Sammelklagen auf die Performance der Gesellschaften wirkten,⁷³ in der Annahme⁷⁴, dass diese als ein Steuerungsmechanismus wirkt, und dass gerichtliche Auseinandersetzungen das zentrale Bestrafungsinstrument sind, das Aktionären zur Verfügung steht.⁷⁵ Sie bemerkten, dass aktienkursbezogene Anreize einen Großteil der Vergütung amerikanischer Vorstandsmitglieder und Direktoren ausmachen,⁷⁶ so dass eine Aktionärsklage auch substanziell ihre Gesamtvergütung beeinträchtigt. Außerdem geht so etwas mit einem erheblichen Reputationsrisiko für die Manager eines beklagten Unternehmens einher.⁷⁷ Bauer und Braun bestätigten, dass Gerichtsfälle auch als Reaktion auf eine schlechte Kursentwicklung vorkommen, wie es angenommen worden war.⁷⁸ Sie zogen den Schluss, dass nur die Kläger einen Gewinn daraus ziehen, wenn die Aktienkurse sich nicht mittel- oder langfristig erholen, und die Aktionäre in der Breite des Marktes die Verlierer sind. Wenn sich die Kurse erholen, aber das Insolvenzrisiko steigt, ist dies ein Werttransfer von den Gläubigern zu den Aktionären. Ihr Fazit daraus war, dass Sammelklagen ein mächtiges Instrument sind um Manager zu disziplinieren, und dass sie eine annehmbare Eignung dafür haben, Firmen in Schwierigkeiten zu beeinflussen ohne dabei Wert zu transferieren.

⁷⁰ R Bauer and R Braun, 'Long-Term Performance of Distressed Firms: The Role of Class Action Lawsuits' Netspar, Discussion paper 10/2010-007, January 21, 2010 at <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=100123>; L Bai, JD Cox, RS Thomas, 'Lying and Getting Caught: An Empirical Study of the Effect of Securities Class Action Settlements on Targeted Firms' (2011) 158 University of Pennsylvania Law Review 1877.

⁷¹ R Bauer and R Braun, 'Long-Term Performance of Distressed Firms: The Role of Class Action Lawsuits' Netspar, Discussion paper 10/2010-007, January 21, 2010 at <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=100123>.

⁷² Cox, Thomas and Bai found 20% of cases were of this type: JD Cox, RS Thomas, L Bai, 'There Are Plaintiffs and ... There Are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements, (2008) 61(2) Vanderbilt Law Review 355-386.

⁷³ R Bauer and R Braun, 'Long-Term Performance of Distressed Firms: The Role of Class Action Lawsuits' Netspar, Discussion paper 10/2010-007, January 21, 2010 at <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=100123>.

⁷⁴ M Becht, P Bolton and A Röell, 'Corporate Governance and Control' in G Constantinides, A Harris and R Schultz (eds), *Handbook of The Economics of Finance – Volume 1A: Corporate Finance* (Amsterdam, North-Holland Publishers, 2003)

⁷⁵ L Peng and A Röell, 'Executive Pay and Shareholder Litigation' (2008) 12(1) *Review of Finance* 141-184.^[1]

⁷⁶ BJ Hall and JB Liebman, 'Are CEOs Really Paid Like Bureaucrats?' (1998) 113(3) *Quarterly Journal of Economics* 653-691.

⁷⁷ EM Fich and A Shivdasani, 'Financial fraud, director reputation, and shareholder wealth' (2007) 86 *Journal of Financial Economics* 306-336.

⁷⁸ P Povel, R Singh and A Winton, 'Booms, Busts and Fraud' (2007) 20(4) *Review of Financial Studies* 1219-1254.

Baker und Griffith interviewten für ihre Studie im Jahre 2009 Kläger- und Sammelklageabwehranwälte, die Versicherungssachbearbeiter von Managerhaftpflichtklagen, die Sammelklagen überwachenden Anwälte, Versicherungsvermittler, Mediatoren und gerichtliche Sachverständige. Sie fanden dabei, dass neben zweifellos durch die Substanz der Wertpapiersammelklage bedingte Elemente wie das "Sex Appeal" der haftpflichtbegründenden Aspekte, auch viele Elemente keinen solchen Zusammenhang aufwiesen, insbesondere und am auffälligsten Betrag und Struktur der Managerhaftpflichtversicherung. Das völlige Fehlen von zusprechenden Urteilen führte dazu, dass die Klägerklasse für jeden Anspruch Zahlungen erhielt, der das "motions stage" überlebte und auch dazu, dass jegliche Leitplanke für die Quantifizierung einer vergleichswisen Beilegung fehlte.⁷⁹

Bauer und Braun identifizierten folgende Hauptgründe für Aktionäre, zwischen 1996 und 2007 eine Gesellschaft zu verklagen: falsche/irreführende oder fehlende Aussagen (391 Fälle), Aktienkursmanipulationen (331 Fälle) und illegale Geschäftspraktiken (220 Fälle). Ein "auslösendes Ereignis" (substantielle Korrektur der Gewinnprognose des Managements) ging 55% der bei Gericht eingereichten Klagen voraus. Die am stärksten klagegefährdeten Branchen dieser Kohorte waren kapitalintensive und große Unternehmen in Einzelhandel und Warenproduktion. Dies bestätigte, dass große Firmen wegen ihrer "tiefen Taschen" verklagt wurden.⁸⁰ Eine außergerichtliche Beilegung wurde in 91% der Fälle vorgeschlagen.⁸¹

Sie fanden ferner heraus, dass eine Klage hoch-disruptiv ist bei solchen Anschuldigungen, die das Unternehmen im Ganzen betreffen. Auf kurze Sicht ist die Einreichung einer Sammelklage ein erhebliches Negativereignis für das Unternehmen, und die langfristigen ökonomischen und finanziellen Folgen hängen von der Art der Anschuldigungen ab. Es gibt eine leichte Erholung unmittelbar nach der Klageeinreichung, und dann ändert der Kurs scharf seine Richtung und sinkt nach und nach (um mindestens -23% CAR - Cumulative Abnormal Return, also um einen wesentlichen Teil des von den Aktionären erzielten außerordentlichen Gewinns), um dann drei Jahre lang niedrig zu bleiben. Sie kommentierten dies mit den Worten, dass sich "Aktionärsklagen im Durchschnitt nicht durch eine spätere Erholung des Aktienkurses rentieren". Die Forscher erklärten sich dies so, dass die klagenden Aktionäre es auf die Entschädigung abgesehen haben und jede Beteiligung am Kapital dann schon lange abgestoßen haben.

Jede potentielle Erholung und/oder langfristige Disziplinierungswirkung ging nicht zulasten der Gläubiger. Es gab also einen Disziplinierungseffekt. Eine niedrigere Marktkapitalisierung legt es nahe, dass Firmen von den Investoren gemieden werden. Es gab starke Rückgänge in Profitabilität und Firmenwert. Firmen waren im Angesicht von Sammelklagen erheblich unter Druck. (Allerdings mag man füglich fragen, wie dieser Druck in veränderte, erwünschte Verhaltensweisen des Unternehmens und seiner Angestellten umgesetzt wurde).

Bai, Cox und Thomas schauten sich näher die Auswirkungen von Sammelklagen wegen Finanzbetrugs an.⁸² Zunächst stellten sie fest, dass Manager, die mit falschen Darstellungen in Zusammenhang gebracht wurden, oft abgeschossen wurden,⁸³ und es gab jede Menge Veröffentlichungen über die perversen

⁷⁹ T Baker and SJ Griffith, 'How the Merits Matter: Directors' and Officers' Insurance and Securities Settlements' (2009) 157 University of Pennsylvania Law Review 755.

⁸⁰ LL DuCharme, PH Malatesta and SE Sefcik, 'Earnings Management, Stock Issues, and Shareholder Lawsuits', (2004) 71 Journal of Financial Economics 27-49.

⁸¹ EM Fich and A Shivdasani, 'Financial fraud, director reputation, and shareholder wealth' (2007) 86 Journal of Financial Economics 306-336.

⁸² L Bai, JD Cox, RS Thomas, 'Lying and Getting Caught: An Empirical Study of the Effect of Securities Class Action Settlements on Targeted Firms' (2011) 158 University of Pennsylvania Law Review 1877.

⁸³ JM Karpoff, DS Lee and GS Martin, 'The Consequences to Managers for Financial Misrepresentation' (2008) 88 Journal of Financial Economics 193, 201, 208, mit dem Ergebnis, dass 93,61% der bei behördlichen Untersuchungen Identifizierten ihre Funktion verlieren sowie 92,39% der in der nachgeordneten Linie verantwortliche Manager; die Entlassung erfolgt schneller, wenn Vorsitzender des Verwaltungsrats nicht der Vorsitzende des operativen Vorstands ist.

Auswirkungen von aktienbasierter Vergütung.⁸⁴ Einige Studien befanden, dass es keine langfristigen Auswirkungen auf Aktienkurse oder operative Ergebnisse gab, wenn Firmen wegen Betrugs verklagt wurden.⁸⁵ Sie berichten aber von erheblichen Verlusten an Reputation, die in der kurzfristigen Bewertung ihrer Wertpapiere sichtbar werden.⁸⁶ Ein durchgängiges Ergebnis war, dass die Veröffentlichung von Finanzbetrug eine breite Negativreaktion im Markt zur Folge hatte.⁸⁷

Bai, Cox und Thomas fuhren dann mit der Analyse von 480 Gesellschaften fort, die seit 1996 Wertpapiersammelklagen durch Vergleich beigelegt hatten. Sie fanden dabei bemerkenswerte und statistisch bedeutende Veränderungen zum Schlechteren, insbesondere hinsichtlich ihrer operativen Effizienz, kurzfristigen Liquidität, finanziellen Gesundheit im Ganzen und ihrer Performance am Aktienmarkt. In den Phasen nach Abschluss des Vergleichs waren Firmen mit hohen Vergleichssummen mit höherer Wahrscheinlichkeit Underperformer. Ferner deutete einiges darauf hin, dass Versicherungen nicht die volle Vergleichssumme abdeckten. Der Marktpreis fiel unmittelbar nach Bekanntwerden der Klage und hatte sich auch drei Jahr nach dem Vergleich nicht wieder erholt. Solche Firmen waren statistisch einem weit höheren Risiko finanzieller Anspannung ausgesetzt als andere. Die Forscher zogen daraus die Schlussfolgerung, dass es starke Unterstützung für die Betrachtungsweise gibt, dass Klagen besser gegen die Manager, Berater und andere Individuen gerichtet werden sollten, die Verantwortung für die betrügerischen Falschdarstellungen tragen, als gegen die Unternehmen.

Eine Studie aus dem Jahre 2010 über 76 Wertpapiersammelklagen in Kanada zwischen 1992 und 2006 und über einzelne Sammelklagen, die sowohl in Kanada als auch in den USA angestrengt wurden, ergab, dass das Klagerisiko für kanadische Gesellschaften relativ gering war im Vergleich zu dem der US-Firmen. Das größte Risiko aus US-Sammelklagen liefen kanadische Firmen, die in den USA an der Börse notiert waren, und Fälle mit ihrer Beteiligung waren teuer in der Bearbeitung. Diese Erkenntnisse wurden durch Versicherungsdaten über die D&O Versicherungsprämien bei den 250 größten zwischen 2004 und 2006 an der Börse von Toronto notierten Firmen unterstützt. Die Fragestellungen beleuchteten wie die Risiken, eine Vorstandsfunktion zu bekleiden oder unterschiedliche Methoden, Gerichts- und Vergleichskosten zu verrechnen oder nicht zu verrechnen.

Palmer und Sanders fanden, dass die Börsenreaktion auf "Blockbuster"-Schadensersatzsummen (in Höhe von \$ 100 Mio. oder mehr) in 11 von 17 identifizierten Fällen im Jahre 2004 zu vernachlässigen war, und eine Reaktion gab es überhaupt nur, wenn das Verhältnis von Gesamterlös der Klage zur

⁸⁴ Sh. T Baker, D Collins, and A Reitenga, 'Stock Option Compensation and Earnings Management Incentives' (2003) 18 Journal of Accounting, Auditing & Finance 557, 559 (sie stellen sinkende kumulierte Gewinne in Perioden fest, bevor den Managern Aktienoptionen eingeräumt werden); E Bartov & P Mohanran, 'Private Information, Earnings Manipulation and Executive Stock-Option Exercises' (2004) 79 The Accounting Review 889, 891 (mit der Feststellung, dass steigende kumulierte Gewinne systematisch einhergehen mit höheren Beständen der Manager an Aktienoptionen); DB Bergstresser & T Philippon, 'CEO Incentives and Earnings Management' (2006) 80 J Fin Econ 511, 513 (mit der Feststellung, dass diskretionäre Ertragszuwächse einhergehen mit Gewinnsteigerungen im Zusammenhang mit den Manageroptionen); J Francis, P Olsson & K Schipper, Call options and Accrual Quality (Stockholm Institute for Financial Research, 2005) abrufbar unter <http://www.sifr.org/Pdgs/sifr-wp34.pdf> (mit der Feststellung, dass das Vorhandensein von optionsbasierten Vergütungsmodellen die Qualität der Ertragskumulation verschlechtert).

⁸⁵ D Marciukaityte, SH Szewczyk, H Uzun and R Varma, 'Governance and Performance Changes after Accusations of Corporate Fraud' (2006) 62 Financial Analysts Journal, May-June, 40.

⁸⁶ JM Karpoff, DS Lee, and GS Martin, 'The Cost to Firms of Cooking the Books' (2008) 43 Journal of Financial & Qualitative Analysis 581.

⁸⁷ See eg SP Ferris and AC Pritchard, 'Stock Price reactions to securities Fraud Class Actions Under the Private Securities Litigation Reform Act' 1 University of Michigan John M Olin Centre for Law & Economics, Paper No 01-009, 2001, available at http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=288216&rec=1&srcabs=251766 (mit der Feststellung einer 'großen und statistisch negativen [Börsen-] Reaktion' auf 'die Enthüllung einen potentiellen Betrugs'); sh. auch S Bhagat, J Bizjak & JL Coles 'The Shareholder Wealth Implications of Corporate Lawsuits' (1998) Winter, Financial Management 6-7 (mit der Feststellung eines Verlustes von 0,97% des Marktwerts des Kapitals des beklagten Unternehmens während der zwei Tage nach der Ankündigung der Sammelklage, aber keiner wesentlichen Reaktion in den zwei Tagen nach Bekanntgabe des Vergleichs).

Marktkapitalisierung des Unternehmens größer als 9% war.⁸⁸ Sie schlossen daraus, dass groß scheinende Gesamterlöse für Firmen mit tiefen Taschen unwichtig erscheinen können, wenn sie eine hohe Marktkapitalisierung haben, und das obwohl sie fast konstant mit Rechtsstreitigkeiten zu tun haben.

Ericksons Analyse aus 2011 von 700 verschiedenen Typen von Firmenstreitigkeiten (einschließlich Derivateprozessen von Aktionären, Wertpapiersammelklagen, SEC Vollstreckungsmaßnahmen und Strafverfolgungen) ergab, dass sie nicht auf unterschiedliche Arten Unternehmensfehlverhalten zielen, sondern oft auf ein und dasselbe Fehlverhalten, dieselben Beklagten, und dieselben finanziellen Reserven des Unternehmens.⁸⁹ Ihre Daten zeigten, dass bestimmte Arten von Klagen durchgängig höhere Erträge erbrachten als andere, so dass sich eine Hierarchie der Klagetypen innerhalb des Unternehmensrechts ergab. Sie folgerte daraus, dass diese Resultate "kritische Fragen über die traditionellen Theorien der Abschreckung aufwerfen, die es nahelegen, dass mehr nicht immer besser heißen muss, wenn es um den Kampf gegen Unternehmensbetrug geht".

Perino analysierte 731 Vergleiche um die Wirkung zu untersuchen, die von der PSLRA-Regelung über den Musterkläger ausging, institutionelle Investoren dazu zu bringen, den Anwalt der Klägergruppe zu überwachen, um die den Wertpapiersammelklagen innewohnenden Handhabungskosten zu beschneiden.⁹⁰ Er berichtete 2012, dass selbst dann, wenn die Institutionen selbst die potentiell leichteren oder höherwertigen Fälle auswählen, diejenigen Klägergruppen größere Erträge und geringere Honorarforderungen erreichten, die einen öffentlichen Pensionsfonds als Hauptkläger hatten als diejenigen mit anderen Hauptklägern. Die Honorarforderungen waren bei den Klagen der öffentlichen Pensionsfonds 5,3% niedriger und die tatsächlich zuerkannten 3,4% weniger, obwohl die zuerkannten Honorarforderungen in Fällen ohne einen öffentlichen Pensionsfonds als Hauptkläger auch um 2,2% zurückgegangen waren.

Baker, Perino und Silver berichteten 2013 über 134 Wertpapierbetrugssammelklagen, die zwischen 2007 und 2011 vor drei Bundes-District-Gerichten verglichen worden waren, die die größte Anzahl solcher Fälle bearbeitet hatten (das Bezirksgericht des Südbezirks von New York und die Gerichte der nördlichen Bezirke von Kalifornien).⁹¹ Sie fanden heraus, dass die Honorarvereinbarungen eine unbedeutende Rolle bei der Auswahl eines Hauptklägers spielten, aber wichtiger wurden bei der Zumessung der Honorare in der Kostenentscheidung. Im Durchschnitt waren die gestellten Forderungen in Fällen mit vorher getroffenen Gebührenvereinbarungen geringer als in Fällen ohne solche Vereinbarungen (13,2% gegenüber 25,4%), ein Unterschied, der statistisch und ökonomisch bedeutend blieb in Regressionsanalysen, die die Fälle auf andere Charakteristika abklopften. Die Richter kürzten die geltend gemachten Anwaltshonorare in 19,7% der Fälle, bei denen es keine Nachweise zu vorherigen Honorarvereinbarungen gab, aber nur in 5,9% der Fälle mit solchen Nachweisen, obwohl dieser Unterschied wegen der geringen Erhebungsbasis statistisch nicht signifikant war.

Dieselben Autoren berichteten 2015 über alle 434 Wertpapiersammelklagen, die von 2007 bis 2012 vor Bundesgerichten verglichen wurden.⁹² Sie beobachteten zunächst einmal, dass Bundesrichter oft von dem Erfordernis des PSLRA abweichen, dass der führende Kläger die Bedingungen für die Beschäftigung des Anwalts festlegen sollten und dass die Bundesrichter als ein Schutzwall gegen Missbräuche dienen sollten. Zum zweiten fiel auf, dass die Honorare tendenziell niedriger in solchen

⁸⁸ M Palmer and TB Sanders, 'Surprise! Most Blockbuster Jury Awards Are Ignored By The Stock Market' (2010) 6(2) *Review of Law & Economics* 145–166.

⁸⁹ JM Erickson, 'Overlitigating Corporate Fraud: An Empirical Examination' (2011) 96 *Iowa Law Review* 49.^[1]^[SEP]

⁹⁰ MA Perino, 'Institutional Activism Through Litigation: An Empirical Analysis of Public Pension Fund Participation in Securities Class Actions' (2012) 9(2) *Journal of Empirical Legal Studies* 368–392.

⁹¹ LA Baker, MA Perino and C Silver, 'Setting Attorneys' Fees in Securities Class Actions: An Empirical Assessment' (2013) 66(6) *Vanderbilt Law Review* 1677.

⁹² LA Baker, MA Perino and C Silver, 'Is the Price Right? An Empirical Study of Fee-Setting in Securities Class Actions' (2015) *Columbia Law Review* (im Druck).

Bundesdistrikten waren, bei denen eine große Menge Wertpapiersammelklagen anfielen als in Distrikten, die solche Fälle seltener hatten. Zum dritten waren Honorarkürzungen wahrscheinlicher bei Richtern, die eine große Zahl von Wertpapiersammelklagen auf den Tisch bekamen als bei Richtern mit weniger Fällen. Viertens nahmen die Prozentsätze der Honorare in Distrikten mit vielen Fällen mit dem Volumen der Vergleiche ab (bekannt als die "Abnahme-Zunahme"-Regel). Fünftens schienen Honorarkürzungen durch die Richter zufallsbedingt zu sein, auf Basis seiner jeweiligen persönlichen Vorlieben als vielmehr bedingt durch die beantragten Honorare. Sechstens bewirkte die generelle Regel nicht, dass die Richter die "vom Anwalt aufgewandte Zeit und Arbeit" und andere Faktoren berücksichtigen sollten, um überzogene Honorare zu verhindern ("Leitstern-Quercheck"). Die tatsächlichen Honorarzumessungen spiegelten eher einen Ansatz allein nach einem "Prozentsatz des Topfes" wider.

Sammelklagen wegen unerlaubter Handlungen

Von den 1960er Jahren bis in die Mitte der 1990er Jahre drehten sich Sammelklagen sehr oft um massenhafte unerlaubte Handlungen, insbesondere gegen die Hersteller von Pharmazeutika,⁹³ Flugzeugen, Kraftfahrzeugen und Tabak. Eine wesentliche strukturelle Erwägung für den Zweck des Schadensersatzes für Verletzungen war es, die Kosten der Gesundheitsfürsorge durch den Umgang mit unerlaubten Handlungen abzudecken. 2004 hatten 15,7% der amerikanischen Bevölkerung keine Krankenversicherung, 59,8% hatten Deckung durch eine auf dem Anstellungsverhältnis beruhende Krankenversicherung, und 27,2% hatten Deckung durch Krankenversicherungsprogramme der Regierung.⁹⁴ Eine Durchsicht von 312 Produkthaftpflicht- und 297 Nichtprodukthaftpflichtrechtsstreiten gegen Automobilhersteller ergab, dass die Häufigkeit von Rechtsstreitigkeiten im allgemeinen proportional zum Marktanteil der Gesellschaften war.⁹⁵

Allerdings machte eine Reihe von Entscheidungen aus der Mitte der 1990er Jahre die Bestätigung als Sammelklage schwieriger, zum Teil aus der Sorge heraus, dass die Beklagten durch die Bestätigung unter intensiven Druck gerieten sich zu vergleichen (dazu unten mehr), und zum Teil weil der Supreme Court in Entscheidungen wie *Castano v American Tobacco Company*⁹⁶ und *In re: Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*⁹⁷ eine strikte Interpretation der Anforderungen von Rule 23 vertrat, namentlich dass die vorgeschlagene Klasse Ansprüche enthalten muss, in denen allgemeine Rechtsfragen nicht die individuellen Rechtsfragen der Anspruchsteller überwogen.

Nach diesen Entscheidungen sagten Kommentatoren voraus, dass die auf Produkthaftung spezialisierten Klägeranwälte weniger Sammelklagen vor Bundesgerichten einbringen würden, dass sie solche Anträge vielleicht wo immer möglich vor Gerichte der Bundesstaaten bringen würden.⁹⁸ Tatsächlich blieb die Anzahl der Klagen wegen persönlicher Verletzungen ziemlich konstant, und die Fälle wurden auf das

⁹³ Sh. z.B. M Green, *Bendectin and Birth Defects: The Challenges of Mass Toxic Substances Litigation* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996).

⁹⁴ U. S. Census, 2005. See also SD Sugarman, *Doing Away with Personal Injury Law: New Compensation Mechanisms for Consumers and Business* (Quorum Books, 1992); R Avraham and M Schanzenbach, 'The Impact of Tort Reform on Private Health Insurance Coverage' *Northwestern University School of Law Public Law and Legal Theory Series*, No. 07-16, 2007.

⁹⁵ S Govindaraj, P Lee and D Tinkelman, 'Using the Event Study Methodology to measure the Social Costs of Litigation – a Re-Examination Using Cases from the Automotive Industry' (2007) 3(2) *Review of Law & Economics* 342.

⁹⁶ 84 F 3d 734 (5th Cir 1996).

⁹⁷ 51 F 3d 1293 (7th Cir 1995).

⁹⁸ See, eg, Linda S. Mullenix, *Abandoning the Federal Class Action Ship: Is There Smoother Sailing for Class Actions in Gulf Water?*, (2000) 74 *Tulane Law Review* 1709 (arguing that 'many class counsel have abandoned the federal courts in favor of what are perceived to be more receptive state court forums').

MDL-Verfahren verschoben, was zu einem Anstieg der Nicht-Sammelklagevergleiche führte.⁹⁹ Außerdem wurden die Ansprüche aus den Attentaten vom 11. September 2001 von den Gerichten umgelenkt zu einem eigens dafür geschaffenen Entschädigungsfonds,¹⁰⁰ und ebenso geschah es mit dem BP Öl-Desaster im Golf von Mexiko im Jahre 2010.¹⁰¹

Klagen gegen Versicherer

Der von Pace verfasste Überblicksbericht über Versicherungsgesellschaften des RAND Instituts für Gerechtigkeit im Zivilrecht befand, dass 89% der bekannt gewordenen Versicherungssammelklagen in der Zeit von 1993 bis 2002 ursprünglich vor Gerichten der Bundesstaaten eingebracht wurden, was nicht überraschend schien, weil das Versicherungsrecht in den USA vorwiegend auf der Ebene der Einzelstaaten geregelt ist und Klagen mit Bezug auf die bundesrechtlichen Rahmenvorschriften nur in geringem Umfang zu erwarten sind.¹⁰² Die häufigste einzelne Art der Klage war die, dass der Versicherer es unterließ, Policeninhaber für die Wertminderung ihres Wagens zu entschädigen, die sich durch Reparaturen unter der "first-party"-Deckung ergab. Ungefähr die Hälfte aller Fälle beinhaltete die Geltendmachung von Ansprüchen für die Bezahlung von Behandlungskosten an Gesundheitsdienstleister aufgrund von Kfz-Haftpflichtpolicen, diverse Sach- und Personenversicherungen, Ansprüche von Versicherungsnehmern oder Geschädigten unter Policen für den Fall der Nicht- oder Unterversicherung des Unfallgegners, Ansprüche auf Wertminderung im Zusammenhang mit "first party Deckung bei Autoversicherungen" oder verschiedene Klagen auf Arbeitgeberhaftung.

Die RAND Versicherungsstudie stellte fest, dass nur 14% der von ihr erfassten Fälle zu einer Bestätigung als Klägerklasse führten. Die Richter lehnten die Bestätigung in 11% der Fälle ab, und trafen über den Rest (von ca. 75% aller Fälle) nie eine Entscheidung in eine der beiden Richtungen. Es gab beeindruckende Unterschiede bei den Endergebnissen, die vom Status des Antrags auf Bestätigung der Klasse abhingen. Für alle versuchten Sammelklagen in der RAND Versicherungs-Studie gab es nur bei 12% aller abgeschlossenen Fälle einen verhandelten Vergleich. In 20% der Fälle gab es Vergleichslösungen nicht mit einer Klasse, sondern mit einer kleinen Anzahl Kläger, die namentlich in den ursprünglichen Anträgen genannt waren. Der Richter entschied in 37% zugunsten der Beklagten über gewisse prozessleitende Anträge vor der Hauptverhandlung. In 27% der Fälle zogen die Kläger ihre Beschwerden freiwillig zurück, vermutlich ohne Rechtskraftwirkungen, so dass es ihnen möglich blieb, denselben Fall später wieder vorzubringen. Bei Sammelklagen, für die die Kläger einen Antrag auf Bestätigung gestellt hatten, änderte sich die Verteilung der Ergebnisse allerdings beträchtlich. Ein die ganze Klasse betreffender Vergleich war dann sehr viel wahrscheinlicher, wobei ein Dritter aller Fälle zu einem Vergleich für eine bestätigte Klasse führte. Die Häufigkeit, mit der Kläger freiwillig ihre Fälle fallen ließen, geht in dem Masse zurück, in dem Entscheidungen über prozessleitende Anträge zugunsten der Beklagten ergehen. Wenn eine Klasse tatsächlich bestätigt wurde, war das Ergebnis in 9 von 10 Fällen ein Vergleich für die ganze Klasse.

Kartellrechtsfälle

Private Rechtsdurchsetzung war durch den Sherman Act als Instrument angeboten worden, der jedermann, der "in seinen Geschäften oder seinem Eigentum" durch einen Verstoß gegen das

⁹⁹ TE Willging and EG LEE III, 'From Class Actions to Multidistrict Consolidations: Aggregate Mass-Tort Litigation After Ortiz' (2010) 58(4) Kansas Law Review 775.

¹⁰⁰ GK Hadfield, 'Framing Choice between Cash and the Courthouse; Experiences with the 9/11 Victim Compensation Fund' (2008) 42(3) Law & Society Review 645-82.

¹⁰¹ L. S. Mullenix, 'Prometheus Unbound: The BP Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Litigation -- A Fund Too Far' (2011) 71(3) Louisiana Law Review 819.

¹⁰² NM Pace, SJ Carroll, I Vogelsang and L Zakaras, Insurance Class Actions in the United States (RAND Institute for Civil Justice, 2007).

Kartellrecht verletzt war, das Recht gab, auf "dreifachen Schadensersatz und die Kosten des Verfahrens zu klagen, einschließlich eines vernünftigen Rechtsanwalts Honorars". Das US Kartellamt glaubt, dass "individuelle Rechenschaftspflicht durch Verhängung von Gefängnisstrafen die einzige größte Abschreckungsmöglichkeit" gegen Kartellverhalten ist.¹⁰³ Ein hochrangiger US-Vollstreckungsbeamter sagte, dass ein privates System der Rechtsdurchsetzung in Wirklichkeit für die öffentlichen Behörden eher störend als hilfreich sein könnte, das Kartellrecht wirksam durchzusetzen.¹⁰⁴

DuVals Studie von Kartellrechtsfällen zwischen 1966 und 1973 aus den Akten des Norddistrikts von Illinois ergab, dass das Instrument der Sammelklage es Typen von Klägern ermöglicht hatte zu klagen, die es ansonsten wegen der Geringfügigkeit ihrer Ansprüche nicht getan hätten.¹⁰⁵ Andererseits, argumentierten Ginburg und Brennan, hatte die gerichtliche Klärung von Kartellrechtsfällen in den 1960er Jahren ein "Kläger-Picknick" geschaffen, bei dem die Gerichte die Kartellrechtsgesetze so auslegten, dass sie Firmen vor ihren Wettbewerbern schützten ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Beklagten dem Wettbewerb überhaupt Schaden zugefügt hatten.¹⁰⁶ Eine Explosion von Nachkriegsfällen kulminierte in den Jahren von 1975-79, als private Streitigkeiten die behördliche Durchsetzung mit einem Faktor von 20 zu 1 übertrafen, was sich in den 2000er Jahren auf ein Verhältnis von 9 zu 1 stabilisierte.¹⁰⁷ Die privaten "Nachahmerklagen", die routinemäßig eingereicht zu werden pflegten, haben seit der Entscheidung des Supreme Court in *Sachen Twombly* stark nachgelassen.¹⁰⁸

Klassenmitglieder in der DuVal-Kohorte kamen in weniger als einem Drittel der beendeten Sammelklagen zu ihrem Ziel, und ein Drittel wurde ohne Vergleich abgewiesen. Die meisten Sammelklagevergleiche blieben hinter der Summe der von der Klasse geltend gemachten Schäden zurück. Kartellklagen waren schwerfällig, weil sie groß waren, mehr Parteien und Anwälte einbezogen, mehr vorgerichtliche Offenlegung verlangten und größere potentielle Erlöse erbrachten.

Die "Georgetown-Studie" von 1985,¹⁰⁹ die um die 1.900 Fälle untersuchte, die vor fünf US Distriktgerichten zwischen 1973 und 1983 eingereicht wurden, ergab, dass das System sowohl schlechte als auch verdienstvolle Fälle umfasste, die von der Regierung nicht gebracht worden wären, wobei 80% der Fälle nach 2 Jahren verglichen waren und von denen, die zu Gericht gingen, die Kläger weniger als 30% gewannen. Ein Viertel der privaten Fälle waren Nachfolgefälle zu behördlicher Rechtsdurchsetzung.

¹⁰³ SD Hammond, 'Ten Strategies for Winning the Fight Against Hardcore Cartels', Paper presented at Paris Working Party No 3 Prosecutors Program, Oct 18, 2005.

¹⁰⁴ JT Rosch, 'Does the EU Need a System of Private Competition Remedies to Supplement Public Law Enforcement?', speech at 2011 LIDC Congress, Christ Church, Oxford, 23 September 2011

¹⁰⁵ BS DuVal, Jr, 'The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience (I)', (1976) American Bar Foundation Research Journal 1021 ; BS DuVal, Jr, 'The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience (II)' (1976) 1(4) American Bar Foundation Research Journal 1273-1358.

¹⁰⁶ DH Ginsburg & L Brannon, 'Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States' (2005) Competition Policy International, Autumn at 37.

¹⁰⁷ DA Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement* (Oxford University Press, 2011). Sh. auch Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412007.pdf>. Antitrust cases filed in US District Courts 1975-2007, Table 5.41.2007 zeigt, dass das Verhältnis der privaten zu den öffentlichen Fällen nur in 9 der 32 Jahre unter 90% lag (hauptsächlich um das Jahr 1990, am niedrigsten bei 83,4%), und das der Trend seit dem Jahre 2000 auf 96,6% in 2007 gestiegen ist. Sh. S Salop and L White, 'Private Anti-trust Litigation: An Introduction and Framework' in L White (ed), *Private Anti-trust Litigation: New Evidence, New Learning* (Cambridge, Mass., 1988) 3 and CA Jones, *Private Enforcement of Anti-trust Law in the EU, UK and USA* (Oxford, Oxford University Press, 1999).

¹⁰⁸ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 US 544 (2007).

¹⁰⁹ Georgetown Study of Private Antitrust Litigation: Papers from the Georgetown Conference on Private Antitrust Litigation (Airlie House, Virginia, 8-9 November 1985). Later versions of some papers are in L White (ed.), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning* (Cambridge, Mass., MIT Press, 1988), 3.

Die Drohung mit einer kostspieligen zivilrechtlichen Sammelklage unter Bundes- und/oder einzelstaatlichen Gesetzen hat das Potential, Vergleiche zu erpresserischen Bedingungen zu erzwingen, weil die Beklagten, wenn die Klage unter Bundesrecht eingeleitet wird, der Aussicht auf eine gesamtschuldnerische Haftung gegenüberstehen ohne das Recht zu haben, zum Verfahren etwas beizutragen. Cranes Durchsicht des Kartellrechtsmaterials kam zu dem Schluss, dass solche Fälle leicht vorzubringen waren, teure Verteidigung erforderten und von den Gerichten selten als unbegründet zurückgewiesen wurden, so dass sie den Beklagten mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu nötigten, eine substantielle Summe zu zahlen, um den Fall loszuwerden.¹¹⁰ Er argumentierte, dass ein Großteil der privatrechtlichen Kartellrechtsstreitigkeiten mehr dadurch motiviert war, dass Firmen einen strategischen Vorteil am Markt suchten, als dass "private Staatsanwälte" sich um das öffentlich Wohl sorgten. Elzinga und Wood schlussfolgerten ebenfalls, dass viele private Kartellrechtsstreitigkeiten strategisch motiviert waren.¹¹¹ Snyder und Kauper fanden Nachweise dafür, dass die privatrechtlichen Kartellrechtsbehelfe eher dafür genutzt wurden, den Wettbewerb zu unterminieren als ihn zu befördern.¹¹²

Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis

Arbeitsrechtliche Klagen (im Jahresdurchschnitt 29,3%) waren die größte Gruppe in Heimans Studie von 3.711 Sammelklagen, die zwischen 2000 und 2005 in Kalifornien eingereicht wurden.¹¹³ Eine Studie der zwischen 1979 und 1984 im nördlichen Distrikt von Kalifornien bestätigten Sammelklagen ergab, dass die klare Mehrzahl arbeitsrechtliche Diskriminierungsfälle waren.¹¹⁴ Diese waren stark abhängig davon, dass die Anfangsinformationen und -analysen von der öffentlichen Behörde kamen, der Kommission für Chancengleichheit im Arbeitsleben (Equal Employment Opportunity Commission - EEOC).¹¹⁵ Einige Fälle endeten mit einer Lösung, die behördliche Mitwirkung erforderte um sie zu überwachen.

Verbraucherklagen

Die von einzelnen Verbrauchern eingeklagten und an sie bezahlten Beträge in Sammelklagen sind typischerweise klein. Hensler et. al. fanden, dass die geschätzten Verluste in ihren Verbraucherfällen zwischen 1995 und 1996 von einem Durchschnitt von \$3,83 bis zu einem Durchschnitt von \$4.550 reichten; in fünf von sechs Fällen war der Durchschnitt wahrscheinlich weniger als \$1.000.¹¹⁶ Sie fanden auch, dass die ausgehandelten Ausgleichszahlungen sich dramatisch unterschieden: die angebotene Gesamtschädigung reichte von gerade unterhalb \$1 Million bis zu über \$800 Millionen. Der Prozentsatz des angestrebten Betrags, der erreicht wird, kann erheblich schwanken, von 20% bis zu 90% pro ausgegebenem Dollar: je größer der Gesamtbetrag, desto größer die ausgezahlte Quote.

¹¹⁰ DA Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement* (New York, Oxford University Press, 2011), 58.^[11]

¹¹¹ KG Elzinga and WC Wood, 'The Costs of the Legal System in Private Antitrust Enforcement' in LJ White (ed), *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning* (Cambridge, MA, MIT Press, 1988) 134.

¹¹² EA Snyder and TE Kauper, 'Misuses of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff' (1991) 90 *Michigan Law Review* 551.

¹¹³ H Heiman, *Findings of the Study of California Class Action Litigation, 2000-2006* (Judicial Council of California, Administrative Office of the Courts, 2009).

¹¹⁴ BG Garth, 'Power and Legal Artifice: The Federal Class Action' (1992) 26 *Law & Society Review* 237: von den 46 Sammelklagen betrafen 21 arbeitsrechtliche Diskriminierungsfälle, 5 Wertpapierfälle, 5 sozialversicherungsrechtliche Themen, 4 Kartelle, 2 Räumungs- und Zwangsumzugsklagen, 2 Gefängnis und Haft sowie 7 andere Fälle.

¹¹⁵ B Garth, IH Nagel and SJ Plager, 'The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation' (1987-1988) 61 *Southern California Law Review* 353.

¹¹⁶ DR Hensler, B Dombey-Moore, B Giddens, J Gross, EK Moller and NM Pace, *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain* (RAND Institute for Civil Justice, 2000).

Durchschnittliche Zahlungen an individuelle Klassenmitglieder reichten von \$6 bis \$1.500 in Verbraucherfällen, verglichen mit einer Spanne von \$6.400 bis \$100.000 in Massenklagen wegen unerlaubter Handlungen. In drei Fällen beanspruchten die Klassenmitglieder ein Drittel oder weniger der bereitgestellten Mittel. In der Studie von Willging et. al. (1996) war der höchste Median-Betrag pro Mitglied (noch nicht um Anwaltskosten ermäßigt) in den vier betrachteten Bundesdistrikten \$528 und der höchste Betrag \$5.331.¹¹⁷

Die Analyse von 15 Vergleichen von Kleinbetrags-Verbrauchersammelklagen gegen einige der größten Banken in 2009 zusammengestellten distriktübergreifende (MDL-)Verfahren ergab, dass zwischen 1% und 70% der Klassenmitglieder überhaupt eine Entschädigung erhielten, die von \$13 bis \$90 reichte und damit zwischen 6% und 69% des durchschnittlichen Schadens der Klassenmitglieder lag, in starker Abhängigkeit von der zugrundeliegenden Substanz der Ansprüche der Klasse.¹¹⁸ Klassenmitglieder, die Formulare ausfüllen mussten, verhandelten sehr hohe Zahlungen gemessen am Prozentsatz der beanspruchten Verluste (über 90%), während diejenigen in automatisch wirkenden Vergleichen niedrigere Quoten hatten (37% bis 75%).¹¹⁹

Allerdings sind die an Verbraucher ausgezahlten Summen oft weit geringer als die Summen, die in den Vergleichen in Aussicht genommen werden. Das liegt daran, dass die einzelnen Kläger bei solchen Sammelklagen, obwohl diese als "Opt-out"-Klassen beginnen, sich zur Regulierung melden müssen um ihren individuellen Gutschriftsbetrag oder Coupon zu erhalten, und die Quote solcher "opt-ins" kann niedrig sein. Das bedeutet, dass zum ersten die Quote der Anwaltshonorare am Klageerlös höher ist, als es der Fall zu sein schien, als der Vergleich vereinbart und vom Gericht beschlossen wurde, und dass zweitens die vom Beklagten gezahlte Summe einen unverteilter Rest übrig lässt (der vielleicht in Form von Zahlungen für nach den Umständen des Falles naheliegende wohltätige Zwecke verwendet wurde – „cy pres payment“ - aus dem französischen: ci-près), und es drittens entweder gerechtfertigt ist, dass die Kläger nichts erhalten, oder sich die Frage stellt, ob das Unterfangen die Kosten wert war, wenn es denn rechtlich begründet war.

Studien haben ergeben, dass es anscheinend eine erhebliche Variationsbreite für die Quoten gibt, mit denen Verbraucher sich an Vergleichen durch Opt-in beteiligen. Hensler fand Quoten zwischen 30% und 100%,¹²⁰ mit dem Ergebnis, dass weit weniger an die Kläger ausgezahlt wurde als in den Vergleichsvereinbarungen vereinbart worden war (näher dazu unten). Pace bestätigte das Ergebnis der RAND Versicherungsstudie und hielt Gründe dafür fest, warum Einzelne sich nicht beteiligen mögen. In dieser Studie wurden für 32 Fälle die Gesamterlöse zusammengestellt, die von den Beklagten angeboten wurden, um zur Auszahlung an die Klassenmitglieder und für die Honorare und Auslagen der Anwälte der Klägerklasse zu kommen; sie reichten von \$360.000 bis zu \$150.000.000 mit einem Median bei \$2.600.000.¹²¹ Der übliche Fonds war kleiner als \$5 Millionen in 63% der berichteten Fälle, ein Ergebnis, das besonders interessant ist, um die Auswirkungen von CAFA einzuschätzen. In den 36 Fällen, in denen der Befragte Informationen über die geschätzte Größe der Klasse im Zeitpunkt des Vergleichs lieferte, reichten die Klassengrößen von einer so geringen Zahl wie 127 bis zu einer so großen wie 4.300.000 Mitglieder, mit einem Median von 28.000 Mitgliedern. Allerdings schien die Anzahl der tatsächlichen Zahlungsempfänger niedriger zu sein als sie nach dem Vergleich zu erwarten gewesen wäre. Auszahlungen erfolgten mit einem arithmetischen Mittel von \$9,5 Millionen in 39

¹¹⁷ TE Willging, LL Hooper and RJ Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules* (Washington, D.C., Federal Judicial Centre, 1996).

¹¹⁸ BT Fitzpatrick and RC Gilbert, 'An Empirical Look at Compensation in Consumer Class Actions' (2015) *New York University Journal of Law & Business* (forthcoming).

¹¹⁹ *ibid.*

¹²⁰ DR Hensler, B Dombey-Moore, B Giddens, J Gross, EK Moller and NM Pace, *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain* (RAND Institute for Civil Justice, 2000).

¹²¹ NM Pace, SJ Carroll, I Vogelsang and L Zakaras, *Insurance Class Actions in the United States* (RAND Institute for Civil Justice, 2007).

Fällen, aber einschließlich eines einzelnen Falles, in dem \$149 Millionen ausgezahlt wurden. Die Auszahlungssummen waren typischerweise viel geringer, mit einem Median von \$500.000, und in einem Fall war die Gesamtsumme lediglich \$200. In einigen Fällen stellte die Gesamtauszahlung einen Bruchteil des netto bereitstehenden Entschädigungsfonds dar. Die Anzahl der Klassenmitglieder, die letztendlich wenigstens einen gewissen monetären Vorteil erhielten, wird mit 33 Fällen berichtet. In vier dieser Fälle erfolgten Zahlungen an weniger als 100 Individuen oder Unternehmen. Obwohl die Durchschnittszahl der Empfänger 27.000 Klassenmitglieder betrug und der Median 1.500 Mitglieder, erhielt in einem Fall lediglich ein einziges Klassenmitglied überhaupt irgendeinen direkten Nutzen. Am anderen Ende des Spektrums gab es im größten berichteten Fall 600.000 entschädigte Klassenmitglieder.

Pace und Rubenstein untersuchten Verteilungsquoten in Interviews mit Richtern, Anwälten und Verwaltern von 57 Sammelklagen, was in 11 Fällen verwendbare Informationen erbrachte.¹²² Drei Fälle hatten Verteilungsquote unter 5%, zwei davon unter 1%; vier Fälle hatten Verteilungsraten zwischen 20% und 40%, einer von 65% und einer von 82%. Die Fälle mit den höchsten Inanspruchnahmen hatten sehr kleine Klassengrößen (nur einige hundert Mitglieder). Es war selten, dass eine große Klasse eine mehr als vernachlässigbare Verteilungsquote hatte. Der durchschnittliche Anspruch pro Klassenmitglied reichte von einer Untergrenze von ca. \$10 bis zu einem Spitzenwert von ca. \$850.000 (in einem großen Kartellrechtsfall). Die Quoten der Inanspruchnahmen variierten nicht mit der Größe des Anspruchs. Es schien, dass die Inanspruchnahmequoten umso geringer sind, je größer die Klasse ist, und umso höher, je kleiner die Klasse ist. Sie resümierten, dass es sehr schwierig ist, Daten zur Verteilung zu finden.

Die Hensler und Pace Studien beobachteten, dass die Inanspruchnahmequoten mit den verfügbaren Summen ansteigen, aber die Quoten können unterhalb von schätzungsweise \$1.000 auffallend niedrig sein: das "es lohnt sich nicht"-Syndrom gilt für die Anmeldung zu getroffenen Vergleichen ebenso wie es für die Initiative zum Betreiben eines Rechtsstreits und für die aktive Beteiligung an einer Sammelklage gilt. Es hat sich auch gezeigt, dass Anzahl und Prozentsatz der sich gezielt nicht an einem Vergleich Beteiligten vom Typ der Klage abhängen mag: mehr "Opt-outs" gibt es bei Sammelklagen, die sich auf unerlaubte Handlungen gründen, weil dann stattdessen individuelle Klagen erhoben werden.¹²³ Dementsprechend bleiben die Fragen zu beantworten, ob der Opt-out-Mechanismus wirksam und ökonomisch ist, und unter welchen Umständen dies der Fall ist.

Die Herausforderungen, die aus der Verteilung der Mittel an eine große Klasse von Einzelpersonen entstehen, wurden durch eine Studie von 1976 illustriert, die das Gericht zum Verteilungsprozess zur Rückerstattung zu hoch berechneter Tetracyclin-Antibiotika 1975 angeordnet hatte.¹²⁴ Interviews wurden mit 896 Verbrauchern geführt, die Erstattungen erhalten hatten und mit 101, die sie nicht erhalten hatten, weil sie es versäumt hatten, Belege über den Kauf vorzulegen. Der Prozess zur Verteilung der Klageerlöse war als Erfolg angesehen worden, weil er zu erheblichen Rückerstattungen führte.

Die Klassenmitglieder konnten nicht individuell identifiziert werden, so dass das Gericht die Schaffung eines Fonds angeordnet hatte, was eine Summe von \$750.000 für künftige Verwaltungskosten einschloss, woraus es einen Überschuss gab, der verwendet wurde, um diese Studie anzufertigen. Nahezu eine Million der drei Millionen betroffenen Verbraucher meldete sich und erhielt die Entschädigung. Die Käufe hatten rund zehn bis zwanzig Jahre vorher stattgefunden. Über \$800.000 wurden für Porto ausgegeben, um potentielle Kläger zu verständigen, aber es stellt sich heraus, dass die

¹²² NM Pace and WB Rubenstein, 'How Transparent are Class Action Outcomes?' Empirical Research on the Availability of Class Action Claims Data' Working Paper (RAND Institute for Civil Justice, 2008).

¹²³ T Eisenberg and GP Miller, 'Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study' (2004) 1(1) Journal of Empirical Legal Studies 27-78. Those results were in accordance with Willging et al. 1996, above.

¹²⁴ TC Bartsh, FM Boddy, BF King and PN Thompson, A Class-Action Suit That Worked. The Consumer Refund in the Antibiotic Antitrust Litigation (Lexington MA, Lexington Books, 1978)

persönliche Benachrichtigung per Brief kein wirksames Kommunikationsmittel war. Nahezu die Hälfte der Anspruchsteller konnte sich nicht erinnern, einen Brief mit einer Benachrichtigung erhalten zu haben. Viele derer, die sich erinnern konnten, den Brief erhalten zu haben, verstanden seinen Inhalt nicht. Zeitungen waren ebenso wirksam hinsichtlich der Einreichung von Erstattungsanträgen wie briefliche Benachrichtigungen, und die Kosten der Zeitungspublizität waren unbedeutend. Die Analyse derer, die die Regelung in Anspruch nahmen, legte nahe, dass es leichter war, Sammelklageanspruchsteller unter den verantwortungsbewussten, informierten und nicht entfremdeten Mainstream-Schichten der Gesellschaft für eine Beteiligung zu gewinnen.

Kosten-Nutzen-Betrachtung

Die Transaktionskosten der Intermediäre sind bei Sammelklagen beträchtlich. Die Gerichte definieren die Erlöse üblicherweise als einen Prozentsatz der gesamten Vergleichssumme, vielleicht mit einem Schwerpunkt zwischen 22% und 29%, mit einer Bandbreite von 5% bis 50%. In einigen Verbraucherschutzfällen erhielten die Anwälte mehr als die Gesamtsumme dessen, was die Klassenmitglieder erhielten. Ökonomisch gesprochen wirft dieses System für die Intermediäre beträchtliche Renditen ab und ist für die Kläger hoch ineffizient. Aber das System der privaten Rechtsdurchsetzung stützt sich darauf, bedeutende Anreize für Intermediäre zu setzen.

Wie Hensler et. al. im Jahre 2000 zeigten, ist die Bestimmung, ob die Honorare der Anwälte oder anderer intermediärer Dienstleister vernünftig sind, eine politische Entscheidung, die von örtlichen sozialen Faktoren beeinflusst wird.¹²⁵ Sie argumentierte, dass es nicht die Frage ist, wie sich die Anwaltsgebühren mit Zahlungen an individuelle Klassenmitglieder vergleichen, sondern vielmehr in welchem Verhältnis die Honorare zum "Nutzen für das Gemeinwohl" stehen, das die Bemühungen der Sammelklage-Anwälte hervorbringen. Der fundamentalere Punkt jedoch ist, dass das US-System mit Nachdruck versucht zwei Ziele zu erreichen: erstens ausreichend attraktive Anreize für Intermediäre, Risiken zu übernehmen (und die führenden Kläger von jeglichem Risiko freizustellen), und zweitens, die Auferlegung von hohen Strafen, die einen Abschreckungseffekt für das Verhalten der Unternehmen haben, womit eine regulatorische Wirkung einhergehen soll.

Erfolgsbeteiligung der Rechtsanwälte

In ihrer Studie von zehn Bundes- und Einzelstaatssammelklagen sowohl aus dem Bereich des Verbraucherschutzes als auch aus dem Bereich der unerlaubten Handlungen fanden Hensler et al. heraus, dass die Sammelklage-Anwälte erhebliche Honorare in allen erfolgreichen Klagen einstrichen.¹²⁶ Honorarzumessungen an die Klägeranwälte reichten von rund einer halben Million Dollar bis zu \$75 Millionen. Es errechneten sich durchschnittliche Stundensätze von \$320 bis fast zu \$2.000. Transaktionskosten, ohne die Rechtsanwalts honorare und Auslagen der Beklagten, waren am niedrigsten in drei der vier untersuchten Massenklagen wegen unerlaubter Handlungen, und am höchsten in den sechs Verbraucherschutzsammelklagen. In den neun bekannten untersuchten Fällen reichte die Honorar- und Auslagenquote an dem Gesamterlös von 5% bis hinauf zu 50% des gesamten Vergleichsbetrags, was die Forscher als einen bescheidenen Anteil an den verhandelten Vergleichen ansahen. In acht der neun Fälle erhielten die Anwälte der Kläger ein Drittel oder weniger des gesamten Vergleichsbetrags. Die Klägeranwälte erhielten ein Drittel oder weniger des tatsächlichen Vergleichsbetrags in sechs der zehn Fälle; in den übrigen vier Fällen war der Anteil der Klägeranwälte an dem tatsächlich gezahlten Betrag des Vergleichs ungefähr die Hälfte. In drei der Massenklagen wegen unerlaubter Handlungen erhielten die Klägeranwälte weniger als 10% des tatsächlich gezahlten

¹²⁵ DR Hensler, B Dombey-Moore, B Giddens, J Gross, EK Moller and NM Pace, Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain (RAND Institute for Civil Justice, 2000).

¹²⁶ DR Hensler, B Dombey-Moore, B Giddens, J Gross, EK Moller and NM Pace, Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain (RAND Institute for Civil Justice, 2000).

Vergleichsbetrags, aber der absolute Honorarbetrag in Dollar war sehr hoch, weil diese Vergleiche riesige Summen betrafen. In drei der zehn im Detail analysierten Fälle erhielten die Klägeranwälte mehr als den Betrag, den alle Klassenmitglieder zusammen erhielten.

Mit anderen Worten: die Transaktionskosten machten bei vier von zehn Sammelklagen ungefähr die Hälfte oder mehr der Aufwendungen der Beklagten aus (neben ihren eigenen Kosten für Rechtsberatung), und bei weiteren vier Fällen ungefähr ein Viertel oder weniger; ungefähr ein Drittel in den verbleibenden beiden Fällen. Daten waren verfügbar zu den von den Beklagten gezahlten Gesamtbeträgen in drei Fällen, in denen die Honorare und Auslagen der Klägeranwälte 50-60% der Transaktionskosten ausmachten, die die Beklagten zahlten.

Hensler et al. kommentierten, dass der Grund dafür, dass erfolgreiche Sammelklagen enorme Honorare für die Klägeranwälte bringen mögen, darin liege, dass diese sich als ein Prozentsatz der Gesamtzahlungen der Beklagten errechneten. Der finanzielle Anreiz, den Sammelklagen auf Schadensersatz "privaten Staatsanwälten" bieten, neigte dazu, Frequenz und Vielfalt der Sammelklagen hochzutreiben. In Massenklagen wegen unerlaubter Handlungen erhöhte sich die Anzahl der Rechtsvertreter in einem Fall, was die Transaktionskosten hochtrieb und zu enormen finanziellen Einsätzen führte. Sammelklagespezialisten entwickelten breitgefächerte Beobachtungsstrategien um ihre Fähigkeit zu verbessern Situationen zu erkennen, die attraktive Anlässe für einen Rechtsstreit zu bieten scheinen.

Im Gegensatz dazu hatten nach den Erkenntnissen dieser Forscher die meisten Mitglieder einer Klasse bei einer Verbraucherschutzklage nur ein geringfügiges finanzielles Interesse an dem Rechtsstreit. Wenige - wenn überhaupt - Verbraucher als Klassenmitglieder beobachteten aktiv das Verhalten der Klägeranwälte. Eine solche "Mandanten-freie" Prozessführung trug den Samen für fragwürdige Praktiken in sich. Die starken finanziellen Anreize, die Klägeranwälte dazu treiben, das Risiko des Verlieren eines solchen Rechtsstreits persönlich zu übernehmen, laufen zu einem großen Teil konform mit starken Interessen der Beklagtenseite, einen Rechtsstreit so früh und preiswert wie möglich beizulegen, mit so wenig Publicity wie möglich. Diese Anreize können Vergleiche hervorbringen, zu denen man ohne angemessene Untersuchungen der Tatsachen und des Rechts kommen kann, und die wenig Wert für die Klassenmitglieder oder die Gesellschaft im Ganzen schaffen. Für Klägeranwälte sind die Erträge und Honorare außer Verhältnis zu den Anstrengungen, die sie tatsächlich für den Fall unternommen haben. Kalajdic warf ähnliche Themen für Kanada auf.¹²⁷

Die Studie von Eisenberg und Miller (2004) über Fälle zwischen 1993 und 2002 mit gerichtlicher Bestätigung der Klasse durch das Gericht, beobachtete einen Skaleneffekt dahingehend, dass der Betrag des vom Kläger erreichten Zahlungsbetrags die mit überwältigendem Abstand wichtigste Determinante für die den Klägeranwälten zugemessene Summe darstellte.¹²⁸ Während die absolute Höhe der Honorare mit der Größe des eingetriebenen Betrags anstieg, nahm die prozentuale Quote an dieser Summe ab. Die durchschnittliche Honorarbemessung in gewöhnlichen Fällen mit einem gemeinsamen Fonds (d.h. wo ein gemeinsamer Fonds zur Begleichung der Ansprüche geschaffen wurde), belief sich auf 21,9% des über alle Fälle erzielten Vergleichserlöses. Höhere Honorare waren mit höherem Risiko verbunden, und Fälle mit niedrigerem Risiko erbrachten geringere Honorare. Das Vorkommen von "weichen Lösungen" (einstweilige Anordnungen oder Gutscheine) hatte keine wesentliche Auswirkung auf die Honorare. Die Klägeranwälte beherrschten und steuerten den Rechtsstreit. Bei Fällen ohne Kostenverlagerung auf die Beklagten überschritten sehr wenige Honorarzumessungen 35% dessen, was die Mandanten erhielten. Bei Fällen mit Kostenverlagerung auf die Beklagten dagegen gab es eine weitaus größere Spreizung der Honorarzumessungen. Wie allerdings oben erörtert berichten Eisenberg und Miller Bruttobeträge des

¹²⁷ J Kalajdzic, *Access to Justice for the Masses? A Critical Analysis of Class Actions in Ontario*, Master of Laws thesis, University of Toronto, (2009).

¹²⁸ T Eisenberg and GP Miller, 'Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study' (2004) 1(1) *Journal of Empirical Legal Studies* 27-78.

vereinbarten Werts der Vergleiche, und es muss berücksichtigt werden, welche Beträge tatsächlich von diesen pauschal bereitgestellten Summen ausgezahlt wurden, was weniger sein kann, so dass der Quote der Anwaltshonorare an den ausgezahlten Gesamtpaketen in solchen Fällen dementsprechend höher wäre.

Eine der von Eisenberg und Miller genutzten Datenquellen war eine Studie von Logan, Moshman und Moore (2003) von 1.200 aus Sammelklageberichten zusammengetragenen Fällen, woraus die Autoren eine durchschnittliche Honorarquote von 18,4% über alle Klagetypen schätzten, für Gesamtbeträge von unter \$10 Millionen aber eine Quote von knapp über 30% ableiteten.

Überzeugende Bestätigungen der Ergebnisse der Studie aus dem Jahre 2004 wurden in einer Nachfolgestudie 2010 veröffentlicht.¹²⁹ Die bis dahin gesammelte Datenmenge umfasste 16 Jahre veröffentlichter Rechtsfälle von 1993 bis 2008 einschließlich über Sammelklagen und Derivateklagen von Aktionären sowohl vor einzelstaatlichen als auch vor bundesstaatlichen Gerichten. Sie fanden, dass die ganz überwiegend entscheidend wichtige Determinante für das Honorar der Sammelklägeranwälte schlicht die Größe des Geldbetrags war, den die Klasse erstreiten konnte.

Es gab eine beeindruckend starke lineare Beziehung zwischen den Honorarzumessungen und dem erstrittenen Betrag für die Klasse. Es gab keine belastbaren Nachweise für Unterschiede zwischen einzelstaatlichen und Bundesgerichten. Die Gerichte gaben den Honoraranträgen der Anwälte in über 70% der Fälle statt, und es gab große Unterschiede im Prozentsatz der Honorarzumessungen zwischen den beiden Gerichtskreisen. Wenn dem Antrag nicht in der beantragten Höhe stattgegeben wurde, so war die durchschnittlich zugesprochene Honorarhöhe doch 68% der beantragten Summe. Honorare und Kosten zeigten Skaleneffekte nach unten mit Ansteigen der der Klägerklasse zu gewährenden Gesamtzahlung. Die Honorare waren nicht wesentlich betroffen von der Existenz einer Klägerklasse, dem Auftreten von widersprechenden Beteiligten oder von Wünschen, der Klasse nicht anzugehören ("Opt-outs"). Kosten und Auslagen wurden strikt proportional mit den auf den Fall verwendeten Stunden in Zusammenhang gebracht. Die Kosten waren bescheiden - sowohl die arithmetisch durchschnittlichen Kosten als auch ihr Median machten weniger als 3% der Gesamterlöse der Klasse aus. Die Durchschnittshonorare reichten von 11% der Klassenerlöse in Steuerfällen bis zu 27% in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. In den größeren Fallkategorien betrugen die Quoten der Honorare zu den Gesamterlösen zwischen 21% und 27%.

Eisenberg, Miller und Perion hielten fest, dass der zweite Kreis von Berufungsentscheidungen in der Sache *Goldberger* im Jahre 2000¹³⁰ eine strenge Prüfung der Sammelklagehonoraranträge der Anwälte durch die Richter angeordnet hatte. Sie führten eine Regressionsanalyse von 717 Vergleichen von auf Bundesebene zwischen 1991 und 2007 eingereichten Wertpapiersammelklagen durch, um das tatsächliche Verhalten der Richter zu prüfen.¹³¹ Sie stellten fest, dass erstens die verlangten und erhaltenen Honorare nicht niedriger waren als vorher oder als Honorare in anderen Kontexten, und dass zweitens die Entscheidung in Sachen *Goldberger* eine Auswirkung auf die Praxis der Festsetzung von Honoraren hatte. Mit zunehmender Größe der Vergleiche stiegen sowohl die beantragten als auch die zugesprochenen Honorare langsamer in Fällen, die von *Goldberger* betroffen waren, während zugleich die Genauigkeit der richterlichen Prüfung zunahm. Sie stellten deshalb die Deutung zur Diskussion, dass eine Einhaltung der Vorgaben von der Wahrscheinlichkeit einer Berufung und Änderung der Entscheidung abhing.

Pace und andere konnten Informationen über die an die Anwälte gezahlten Honorare und Auslagen für 48 Versicherungssammelklagen erhalten. Die Summen reichten von \$50.000 bis zu \$50.000.000 mit

¹²⁹ T Eisenberg and G P Miller, 'Attorneys' Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008' (2010) 7(1) *Journal of Empirical Legal Studies* 248–81.

¹³⁰ 209 F.3d 43, 45 (2d Cir. 2000).^[17]^[SEP]

¹³¹ T Eisenberg, GP Miller and MA Perino, 'A New Look at Judicial Impact: Attorneys' Fees in Securities Class Actions after *Goldberger v. Integrated Resources, Inc.*' (2009) 29 *Washington University Journal of Law and Policy* 5.^[17]^[SEP]

einem Median von \$554.000.¹³² Sie berechneten einen Durchschnittsprozentsatz für Honorare und Auslagen für 27 Fälle, der von 12 bis 41 Prozent des Fonds reichte, mit einem arithmetischen Durchschnitt von 29% und einem Median von 30%. Allerdings stellten sich die "tatsächlichen" Prozentsätze für Honorare und Auslagen - mit anderen Worten bei Teilung durch die Gesamtsumme der tatsächlich an die Begünstigten und Anwälte verteilten Erlöse - deutlich höher dar, mit einem Median von 47% (gestützt auf 36 Fälle, in denen diese Information erhältlich war). In einem Viertel dieser Fälle war der effektive Kosten- und Auslagenprozentsatz 75% oder höher, und in 14% (fünf Fällen) sogar oberhalb von 90%.

Eine Studie von 40 erfolgreichen privaten Kartellrechtsfällen gegen Automobilhersteller aus 2010¹³³ bestätigte, dass die Gerichte den Anwälten der Klägerklasse einen Prozentsatz des Vergleichsbetrags zugestanden, der üblicherweise 30% oder 33,3% für (17) Fälle mit Vergleichsbeträgen unter \$100 Millionen war (obschon nur 7% in einem Fall, der \$4,55 Millionen erbrachte). Für Vergleichsbeträge oberhalb dieser Summe und unter \$500 Millionen reichten die Erlöse (8 Fälle) von 20% bis 33,3%, und für Erlöse über \$500 Millionen (5 Fälle) betrug die Spanne 5,2% bis 33,3%. Die Erheblichkeit liegt weniger in den Prozentsätzen als in den Beträgen, die in dieser Studie nicht genannt wurden: ein Drittel von \$50 Millionen sind \$16,65 Millionen, und 6,5% des größten Vergleichsbetrags von \$3.383 Millionen sind \$219,9 Millionen.

Fitzpatricks Studie aller Sammelklagevergleiche auf Bundesebene zwischen 2006 und 2007¹³⁴ ermittelte, dass Richter in diesen Jahren nahezu \$5 Milliarden an Honoraren und Auslagen den Sammelklageanwälten zumaßen: 13% der Vergleichsbeträge in 2006 und 20% in 2007. Interessanterweise sind diese Prozentsätze viel niedriger als die Anteile an den Vergleichsbeträgen, die mit Erfolgshonoraren arbeitende Anwälte in individuellen Klagen erhalten, die üblicherweise bei mindestens 33% liegen. Fitzpatricks Zahlen sind ziemlich konsistent mit denen von Eisenberg-Miller von 2003 bis 2008.

Fitzpatrick fand, dass Richter Honorare über eine breite Spanne von 3% bis 47% des Vergleichsbetrags zumaßen (Durchschnitt 25,4%, Median 25%). Die meisten Honorarsummen lagen zwischen 25% und 35% (Eisenberg und Millers Mittel waren 24% mit einem Median von 25%). Die Honorarprozentsätze wichen nicht groß in Abhängigkeit von Themenfeldern ab, Durchschnitt und Median lagen meist zwischen 25% und 30%. In den meisten überbelasteten Gerichtsbezirken, dem zweiten und dem neunten, lagen die Durchschnittshonorare unter 25%. Er fand hinsichtlich der Honorarzumessungen keine politischen Voreingenommenheiten unter in Richtern.

Fitzpatrick wiederholte die Erkenntnis, dass die Honorarprozentsätze stark und umgekehrt proportional korreliert sind mit der Größe des Vergleichs, sowohl in Wertpapierbetrugsfällen als auch in anderen Fällen. In seinen Daten tendierten die Honorarprozentsätze zu moderat niedrigeren Werten bis zu einer Vergleichssumme von \$100 Millionen, ab wo sie deutlich unter 20% fielen, und mit Erreichen von \$500 Millionen purzelten sie deutlich unter 15%, wobei die meisten auf diesem Niveau sogar unter 10% lagen.

Eine Antwort auf das Honorarthema war für einige Richter, die Bestellung zum Anwalt für eine Klägerklasse zu "versteigern", um so einen Marktmechanismus anzuwenden, um die niedrigsten Preise zu identifizieren. Hooper und Learys Untersuchung von 14 solcher "Versteigerungen" der Sammelanwaltbestellungen folgerte, dass die Anwaltsgebühren in diesen Fällen im Allgemeinen

¹³² NM Pace, SJ Carroll, I Vogelsang and L Zakaras, Insurance Class Actions in the United States (RAND Institute for Civil Justice, 2007).^[13]

¹³³ S Govindaraj, P Lee and D Tinkelman, 'Using the Event Study Methodology to measure the Social Costs of Litigation – a Re-Examination Using Cases from the Automotive Industry' (2007) 3(2) Review of Law & Economics 342.

¹³⁴ BT Fitzpatrick, 'An Empirical Study of Class Action Settlements and their Fee Awards' (2010) 7(4) Journal of Empirical Legal Studies 811–846.

niedriger waren als in anderen Sammelklagen der entsprechenden Gerichtsbezirke.¹³⁵ Die Mehrheit der zugemessenen Honorarbeträge war weniger als 9% (aber das mag oder mag nicht Auslagen einschließen) des gesamten Vergleichsbetrags, und reichten von einem unteren Wert von ungefähr 5% bis zu einem Höchstwert von 22,5%.

Eine kleine Anzahl Fälle werden berichtet, in denen private Organisationen der Honorarhöhe widersprochen haben,¹³⁶ aber es scheint, dass - falls überhaupt jemals – jedenfalls nur wenige Mitglieder einer Klasse den Honoraren oder Vergleichsbeträgen widersprochen hätten.

Letztendlich tatsächlich gezahlter Schadensersatz

Eine Veranschaulichung des großen potenziellen Volumens von Sammelklagen lässt sich an Eisenberg und Millers Erkenntnis aus 2004 ablesen, dass der durchschnittliche Sammelklagevergleichsbetrag in den untersuchten Fällen bei \$138,6 Millionen lag und die kumulierten Sammelklageerlöse pro Jahr sich auf \$5,13 Milliarden summierten.¹³⁷ Der durchschnittliche Erlös der 20% der Fälle an der Spitze belief sich auf \$613 Millionen, und der Durchschnitt der 10% an der Spitze war \$1,08 Milliarden. Der Bruttoerlös der 370 Fälle von Eisenberg und Miller (in \$ 2002) hatte einen Durchschnitt von \$100 Millionen und einen Median von \$11,6 Millionen. In den vier Bundesgerichtsdistrikten, die in den Sammelklageberichten behandelt wurden, betrug der durchschnittliche Vergleichsbetrag \$35,4 Millionen und der Median \$7,6 Millionen.¹³⁸ Der durchschnittliche Vergleichsbetrag nahm im untersuchten Jahrzehnt nicht wahrnehmbar zu. Der Median der individuellen Erlöse reichte von \$315 bis \$528 und die Höchstbeträge reichten von \$1.505 bis zu \$5.331 pro Mitglied der Klägerklasse.

Fitzpatrick fand, dass die große Mehrheit der Sammelklagevergleiche auf Bundesebene in den Jahren 2006 und 2007 Bargeldzahlungen zur Folge hatten (82%), aber eine erhebliche Anzahl Abhilfe durch Untersagungsverfügungen oder Feststellungen (23%) oder durch Sachleistungen schuf (6%).¹³⁹ Jede einzelne Wertpapiersammelklage erbrachte der Klägerklasse Bargeld und fast keinen von ihnen Abhilfe durch Sachleistungen, Unterlassungen oder Feststellungen. Verbraucherfälle hatten den größten Anteil bei Sachleistungen (30%), worin sich die CAFA-Debatte widerspiegelt. Bürgerrechtsfälle hatten den größten Anteil an Vergleichen mit Unterlassungs- oder Feststellungsverfügungen (75%), obwohl auch fast die Hälfte der Bürgerrechtsfälle begleitend eine Form von Bargeldzahlungen mit sich brachte (49%).

Fitzpatrick stellte fest, dass die Vergleiche einen Gesamtbetrag von über \$22 Milliarden in 2006 und mehr als \$11 Milliarden in 2007 transferierten, obwohl diese Zahlen von einzelnen großen Fällen beeinflusst waren: die Zahlen für 2006 beinhalteten \$6,6 Milliarden für Enron und sieben der acht Vergleiche aus 2006 und 2007 gingen über mehr als \$1 Milliarde. Somit transferierte lediglich 1% der Vergleiche mehr als 50% der beträchtlichen in 2006 und 2007 umverteilten Summen. Nahezu zwei Drittel aller Vergleiche fielen unterhalb von \$10 Millionen aus. Wertpapiervergleiche umfassten ungefähr drei Viertel allen Geldes in den Vergleichen. Die Verteilung dessen, was die Beklagten in den Vergleichen zu zahlen zusagten, ist in Tabelle 2 dargestellt.

¹³⁵ LL Hooper and M Leary, Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: A Descriptive Study (Federal Judicial Centre, 2001). Von diesen Fällen betrafen 12 Wertpapierrecht und 2 Kartellrecht; 8 waren beendet und alle von ihnen verglichen. Die Anzahl der Gebote reichte von 2 bis 21, im Durchschnitt 7, der Median bei 8.

¹³⁶ TF Burke, Lawyers, Lawsuits, and Legal Rights. The Battle over Litigation in American Society (University of California Press, 2002)

¹³⁷ T Eisenberg and GP Miller, 'Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study' (2004) 1(1) Journal of Empirical Legal Studies 27-78.

¹³⁸ TE Willging, LL Hooper and RJ Niemic, Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules (Washington, D.C., Federal Judicial Centre, 1996).

¹³⁹ BT Fitzpatrick, 'An Empirical Study of Class Action Settlements and their Fee Awards' (2010) 7(4) Journal of Empirical Legal Studies 811-846.

Tabelle 2. Gesamtbetrag und Aufteilung der in Sammelklagevergleichen der Jahre 2006 und 2007 auf Bundesebene behandelten Geldbeträge

Klagegegenstand	Gesamtbetrag verifizierbarer Geldbeträge in Vergleichen (und Prozentsatz der Gesamtsumme des jeweiligen Jahres)			
	2006 (n=304)		2007 (n=384)	
Wertpapiere	\$16.728.064.453	76%	\$8.037.685.000	73%
Arbeit und Anstellungsverträge	\$266.539.879	1%	\$547.674.587	5%
Verbraucherangelegenheiten	\$517.293.758	2%	\$732.781.271	7%
Nebenleistungen aus Arbeitsverträgen	\$443.818.414	2%	\$280.765.005	3%
Bürgerrechte	\$265.389.085	1%	\$81.654.501	1%
Schuldbeitreibung	\$8.942.686	<1%	\$5.743.758	<1%
Kartellrecht	\$1.078.595.316	5%	\$660.485.846	6%
Handelsrecht	\$1.216.943.020	6%	\$124.046.570	1%
Andere	\$1.567.759.101	7%	\$592.524.150	5%
Summe	\$22.093.345.712	100%	\$11.063.360.688	100%

Die Verteilung der Sammelklagevergleiche auf Bundesebene in den Jahren 2006 und 2007 ist nach verifizierbaren Erlössummen in Tabelle 3 wiedergegeben.

Tabelle 3. Verteilung der Sammelklagevergleiche auf Bundesebene 2006-2007 nach Betragsgröße

Vergleichsbetrag (in Millionen \$)	Anzahl der Vergleiche	Prozentsatz
[\$0 bis \$1]	131	21,7%
(\$1 bis \$10]	261	43,1%
(\$10 bis \$50]	139	23%
(\$50 bis \$100]	33	5,45%
(\$100 bis \$500]	31	5,12%
(\$500 bis \$6600]	10	1,65%
Total	605	100%

Der durchschnittliche Vergleichsbetrag über die gesamte Zweijahresperiode für alle Klagetypen lag bei nahezu \$55 Millionen, aber der Median war nur \$5,1 Millionen: sh. Tabelle 4. (Ohne den \$6,6 Milliarden-Fall Enron sinkt der Durchschnittsbetrag für alle verifizierbaren Fälle auf \$43,8 Millionen, und für Wertpapierfälle auf \$71,0 Millionen.) Die durchschnittlichen Vergleichsbeträge unterschieden sich stark nach Klagegegenstand, wobei Wertpapierfälle und handelsrechtliche Fälle mit ca. \$100 Millionen am oberen Ende lagen, aber der Median der Vergleiche lag für fast alle Bereiche im Umfeld einiger weniger Millionen Dollar. Es sollte dabei beachtet werden, dass der hohe Durchschnitt für handelsrechtliche Fälle im wesentlichen auf einen einzigen Vergleich oberhalb von \$1 Milliarde zurückzuführen ist; nimmt man diesen Fall aus, war der Durchschnitt lediglich \$24,2 Millionen.

Tabelle 4. Durchschnitt und Median der Sammelklagevergleiche 2006-2007 auf Bundesebene mit ihren verifizierten Werten für die Klägerklasse

Klagegegenstand	Anzahl	Durchschnitt	Median
Wertpapiere	257	\$96.364.783	\$8.000.000
Arbeitsverhältnis und Anstellung	88	\$9.243.855	\$1.797.625
Verbraucher-angelegenheiten	65	\$18.834.741	\$2.898.051
Nebenleistungen aus Arbeitsverträgen	52	\$13.873.262	\$5.318.500
Bürgerrechte	34	\$9.690.141	\$2.500.000
Schuldbeitreibung	40	\$366.498	\$88.000
Kartellrecht	29	\$59.951.074	\$22.000.000
Handelsrecht	12	\$111.736.382	\$7.125.000
Andere	28	\$76.612.319	\$6.152.000
Summe	605	\$54.700.105	\$5.107.607

Die jährlich in solchen Fällen transferierten \$16 Milliarden sind etwa 10% aller amerikanischen Klagen wegen unerlaubter Handlungen, die mit \$164 Milliarden im jährlichen Tillinghast-Towers Perrin Bericht ausgewiesen sind. Dies ist ein beträchtlicher Geldbetrag für eine derart geringe Anzahl an Fällen (350).

Eine Analyse der bis zum 01. September 2013 gelösten 127 Sammelklagefälle, die 2009 bei Bundesgerichten eingereicht oder dorthin verwiesen wurden, und auf die von zwei führenden Journalen Bezug genommen wurde, ergab, dass 41 (31%) vom Bericht mangels Begründetheit abgewiesen worden waren (nach den Plädoyers oder durch summarisches Urteil zugunsten des Beklagten), 45 (35%) waren zurückgenommen oder individuell mit dem führenden Kläger ohne Nutzen für die anderen Gruppenmitglieder verglichen worden, und 40 (33%) waren durch einen Vergleich zugunsten der Klägergruppe abgeschlossen worden.¹⁴⁰ Somit erhielten die Gruppenmitglieder in nahezu zwei Dritteln aller in dieser Übersicht gelösten Fälle nichts.

Ökonomische Kosten-Nutzen-Betrachtung

Die Zahlen stehen für die Gesamtkosten der Fälle unerlaubter Handlungen zur Verfügung: die Unterscheidung zwischen Fällen unerlaubter Handlungen und den Falltypen, die mit Hilfe von Sammelklagen durchgesetzt werden, sollte wahrgenommen werden. Über die letzten 50 Jahre haben die direkten Kosten von unerlaubten Handlungen in den USA mehr als 100fach von weniger als \$2 Milliarden im Jahre 1950 auf \$254,7 Milliarden im Jahre 2008 zugenommen, womit ihr Wachstum das des Bruttoinlandsprodukts (BIP) im Durchschnitt um mehr als zwei Prozentpunkte überstieg.¹⁴¹ Die Autoren schätzten, dass die Kosten für Klagen aus unerlaubter Handlung wegen Schädigung durch eine Privatperson im Jahre 2008 \$94,2 pro Geschädigtem betrugen, und solche wegen Schädigung durch ein Unternehmen \$160,5. Schädigungen durch ein "Unternehmen" schlossen auch alle Kosten

¹⁴⁰ Do Class Actions Benefit Class Members? An Empirical Analysis of Class Actions (Mayer Brown LLP, 2013), abrufbar unter <https://www.mayerbrown.com/files/uploads/Documents/PDFs/2013/December/DoClassActionsBenefitClassMembers.pdf>. Die Veröffentlichungen, aus denen die Daten zusammengestellt wurden, waren The BNA Class Action Litigation Reporter und Mealey's Litigation Class Action Reporter.

¹⁴¹ 2009 Update on US Tort Costs Trends (Towers Perrin, 2009).

medizinischer Fehlbehandlungen ein. Schädigungen durch "Privatpersonen" umfassten alle gegen diese vorgebrachten Vorwürfe außer medizinischen Fehlbehandlungen und stammten aus Autounfällen.

Die Zahl für 2006 kommt einer "Steuer für Rechtsstreitigkeiten" von \$825 pro Person gleich, verglichen mit \$12 im Jahre 1950. Im Jahre 2009 entsprachen die Gesamtkosten für unerlaubte Handlungen 1,79% des BIP der Vereinigten Staaten: dieser Prozentsatz war gegenüber dem Höchstwert von 2,24% in 2003 gefallen. 2006 führte fast eine von sechs Jury-Entscheidungen zu Zahlungen von \$1 Million oder mehr, und über 7% der Unternehmen hatten in den vorangegangenen fünf Jahren einen Verlust durch Haftungsschäden aus unerlaubter Handlung von \$5 Millionen oder mehr erlitten.¹⁴²

Im Jahre 2005 betrugen die jährlichen Kosten aus unerlaubten Handlungen für kleine US-Unternehmen \$98 Milliarden. Dies entsprach \$20 pro \$1.000 Umsatz. Kleine Unternehmen trugen 69% der Gesamtlast aus unerlaubten Handlungen aller US-Unternehmen, hatten aber nur 19% der Umsätze. Sie zahlten \$20 Milliarden ihrer Kosten für unerlaubte Handlungen aus eigener Tasche, im Gegensatz zu versicherten Schäden.¹⁴³

Einige Quellen behaupten, dass die vollen Kosten des US Systems sich auf \$865,37 Milliarden belaufen, was einer Verbrauchssteuer von 8% entspräche, oder einer 13%igen Steuer auf die Löhne.¹⁴⁴ Es hat für diese Zahlen starke Kritik gegeben,¹⁴⁵ aber was auch immer die richtigen Zahlen sein mögen,¹⁴⁶ die Kosten des US Zivilrechtspflegesystems sind eindeutig hoch, und dies wird von der Wirtschaft als eine unnötige und schwächende Steuer für Unternehmen und die Wirtschaft bezeichnet, mit unproportional wenig Nutzen für den Wettbewerb, die Verbraucher oder die Wirtschaft.¹⁴⁷

2006 gaben 40% der größten Unternehmen \$5 Millionen oder mehr für Rechtsstreite aus, ausgenommen die Vergleichsbeträge und sonstige gegen sie gerichtlich verhängte Zahlungspflichten.¹⁴⁸ Eine Umfrage aus dem Jahre 2009 bei den besten amerikanischen Wirtschaftsanwälten ergab, dass 97% das amerikanische Ziviljustizsystem für "zu teuer" halten.¹⁴⁹ Eine Umfrage bei 500 US CEOs durch das Conference Board ergab, dass Rechtsstreitigkeiten 36% der Unternehmen schon dazu bewogen hatten, Produkte aus dem Markt zu nehmen, 15% Arbeitnehmer zu entlassen, und 8% Fabriken zu schließen.¹⁵⁰ Eine Umfrage durch Gallup bei kleinen US Unternehmen fand, dass 27% aller Inhaber aus Angst vor Haftungsansprüchen davon abgesehen hatten, neue Produkte, Dienstleistungen oder Arbeitsabläufe an

¹⁴² US Tort Costs and Cross-Border Perspectives; 2005 Update (Towers Perrin-Tillinghast, 2006).

¹⁴³ Tort Liability Costs For Small Business (US Chamber Institute for Legal Reform, 2007). Kleine Unternehmen werden hier als solche definiert, die weniger als \$10 Millionen jährliche Erlöse haben und mindestens einen Angestellten zusätzlich zum Inhaber. Die Kosten aus unerlaubten Handlungen steigen um 13% von 2002 bis 2005.

¹⁴⁴ Jackpot Justice: The True Cost of America's Tort System (Pacific Research Institute, 2007). Die Autoren berechneten die exzessiven (d.h. unnötigen) jährlichen Kosten für die Gesellschaft im Jahre 2006 mit \$588,63 Milliarden, und die überflüssigen jährlichen Rechnungslegungskosten mit \$664,15 Milliarden. Sie vertraten auch, dass der jährliche Wertverlust für die US-Aktionäre sich auf \$684 Milliarden beläuft; 60.000 Arbeiter wurden wegen Asbest-bedingter Insolvenzen freigesetzt, mit wirtschaftlichen Kosten von \$226 Millionen im Jahre 2006; jeder Arbeiter verlor außer seinem Arbeitsplatz ca. \$50.000. Die Verluste an Humankapital summieren sich auf \$3,16 Milliarden an verlorenen Lohnzahlungen und \$559 Millionen verlorenen Einzahlungen für Pensionen.

¹⁴⁵ See R. Posner at http://www.becker-posner-blog.com/archives/2007/04/is_the_tort_sys.html.

¹⁴⁶ See the overview by C. Silver, 'Does Civil Litigation Cost Too Much?' (2002) 80 Texas Law Review 2073.

¹⁴⁷ Der Staat Mississippi verabschiedete z.B. im Jahre 2003 eine Reformgesetzgebung, nach der das Niveau der Klagen sank, die Wirtschaft wieder investierte, die Beschäftigungsquote stieg, und Ärzte in den Staat zurückkamen und dort zu praktizieren. Sh. C. Ross, 'Jackson Action: In Mississippi Tort Reform Works' The Wall Street Journal, 15 September 2005.

¹⁴⁸ Fourth Annual Litigation Trends Survey Findings (New York, Fulbright & Jaworski, 2007).^[LIT]^[SEP]

¹⁴⁹ Civil Litigation Survey of Chief Legal Officers and General Counsel belonging to the Association of Corporate Counsel, (Denver: Institute for the Advancement of the American Legal System, 2010).^[LIT]^[SEP]

¹⁵⁰ US Senate Commerce Committee Report on Product Liability Reform Act of 1997.

den Markt zu bringen.¹⁵¹ Über 200 Versicherungsunternehmen in den Vereinigten Staaten gingen in der Dekade vor 2006 in die Insolvenz.¹⁵²

Eine Analyse des US Bundesregierung schlußfolgerte 2002, dass die Kosten exzessiver Klagen aus unerlaubten Handlungen im Jahre 2000 eine \$87 Milliarden ausmachende Belastung für die nationale Wirtschaft waren.¹⁵³ Die Studie schätzte, dass die Auswirkung von verschwenderischen Ausgaben für Rechtsdienstleistungen einer Verbrauchssteuer von 1,3% oder einer Lohnsteuer von 2,1% gleichkamen. Hohe Risiken aus Rechtsstreitigkeiten und einschneidende Regulierung waren die hauptsächlichen Faktoren eines Berichts aus 2007, dass New York in der Gefahr stehe, seinen Status als Finanzzentrum der Welt zu verlieren.¹⁵⁴

Es ist behauptet worden, dass 19% der Kosten für die Verfolgung unerlaubter Handlungen an die Klägeranwälte gehen, und die Gesamtsumme in den frühen 2000er Jahren war fast \$40 Milliarden pro Jahr, was 50% mehr ist als der Umsatz von Microsoft und Intel zusammen, und doppelt so viel wie der von Coca-Cola, so dass die kombinierten Kosten etwas mehr als das wären.¹⁵⁵

Im Gegensatz zu den US-Kosten für unerlaubte Handlungen wurden für Europa Werte von 0,6% in Polen und Dänemark berichtet, 0,7% in Frankreich und dem Vereinigten Königreich, 1,1% in Deutschland und 1,7% in Italien.¹⁵⁶ Man sollte allerdings Vorsicht walten lassen, um insoweit die Vergleiche richtig anzustellen. Wenn das US Rechtssystem die Absicht hat, ein erhebliches Element öffentlicher Rechtsdurchsetzung mit einzuschließen, dann ist es unlogisch, die Gesamtkosten von Rechtsstreitigkeiten oder unerlaubten Handlungen in den USA (d.h. Schadensersatz und Transaktionskosten) mit den Kosten der Rechtsstreitigkeiten anders strukturierter Jurisdiktionen zu vergleichen. Es wäre aussagekräftiger, in erster Linie die Gesamtkosten für öffentliche und private Rechtsdurchsetzung verschiedener Jurisdiktionen zu vergleichen, und in zweiter Linie das Verhältnis der öffentlichen zu den privaten Rechtsdurchsetzungskosten.

Rechtliche Begründetheit der Klagen

Ein Kernpunkt ist es, die Begründetheit einzelner Fälle einzuschätzen und damit schlussfolgern zu können, ob sie gerechtfertigt sind, oder ob Vergleiche auf Niveaus erreicht wurden, die nicht zu rechtfertigen waren. Es gibt praktisch keine Daten, die festhalten, ob Fälle oder Vergleiche gute oder schlechte materiell-rechtliche Grundlagen haben. Damit ist das Ausmaß, in dem das System gerechte Ergebnisse oder wirksame individuelle oder kollektive Abschreckungswirkungen liefert, unbewiesen (und ist dementsprechend auch ein hochumstrittener Punkt gewesen). Obwohl Gerichte Vergleiche und Honorarvorschläge der Klägeranwälte billigen, ist es extrem selten, dass Gerichte die Begründetheit der Vergleiche in Frage stellen oder sie gar deshalb zurückweisen.

¹⁵¹ National Small Business Poll (National Federation of Independent Businesses, 2002).

¹⁵² AM Best, 'Rising Number of P/C Company Impairments Continues Trend' March 10, 2003, quoted in D Deal et al., Tort Excess 2005: The Necessity for Reform from a Policy, Legal and Risk Management Perspective (U S Chamber of Commerce, 2005).

¹⁵³ An Economic Analysis of the U.S. Tort Liability System, (U.S. Council of Economic Advisers, 2002). 27

¹⁵⁴ MR Bloomberg and CE Schumer, Sustaining New York's and the US's Global Financial Services Leadership, 2007. Nicht unerheblich ist, dass die Autoren politische Gegner davon waren.

¹⁵⁵ Trial Lawyers, Inc. (Centre for Legal Policy, Manhattan Institute, 2003) at <http://www.triallawyersinc.com>.^[15]

¹⁵⁶ US Tort Costs and Cross-Border Perspectives; 2005 Update (Towers Perrin-Tillinghast, 2006). Die Daten dieser Analyse waren von der Versicherungswirtschaft bereitgestellt worden, aber die Grundlage für diese europäischen Zahlen ist nicht transparent.

Pace und Rubenstein sprachen das Thema der Transparenz der Ergebnisse im Jahr 2008 an.¹⁵⁷ Eine Auswahl von 31 bundesrechtlichen Sammelklagevergleichen bestätigte, dass die Verteilung des Nutzens für die Mitglieder der Klägergruppe in wenigstens einigen Fällen hinter dem Ideal zurückblieb. Eine sehr kleine Zahl von einzelstaatlichen Gerichten machten den Versuch, Sammelklagen auf irgendeine Weise zu nachzuverfolgen. Die Forscher schätzten, dass 13 der 25 Vergleiche solche zu sein schienen, wo mit guten Gründen ein Bedarf dafür bestand, dass das Gericht einen genauen Blick auf die Verteilung der Gelder werfen sollte.

Hensler u.a. schlussfolgerten, dass sich Nutzen und Kosten nur sehr schwer beurteilen lassen. Sie bewerteten ihre Untersuchung der Fallergebnisse auf Gesetzmäßigkeiten dahingehend, dass es keinen quantifizierbaren Zusammenhang zwischen Schadensersatz, Abschreckungswirkung und quantitativen Ansätzen gab. Stattdessen stellten sie fest, dass der Prozess zum Erreichen dieser Ergebnisse nahelegt, dass die Klägeranwälte manchmal schlicht mehr daran interessiert waren, einen Vergleichsbetrag zu finden, dem der Beklagte zustimmen würde, als zu klären, was die Mitglieder der Klägergruppe verloren und was die Beklagten gewonnen hatten und wie wahrscheinlich es war, dass die Beklagten tatsächlich für schadensersatzpflichtig befunden worden wären, hätte der Fall seinen Weg zum Gericht gefunden, und was gestützt auf diese Fragen das Aushandeln eines fairen Ergebnisses bedeutet hätte. Sie kommentierten, dass solche Beobachtungen die soziale Nützlichkeit von Sammelklagen unterminieren, die davon abhängt, wie effektiv solche Fälle die beeinträchtigten Verbraucher entschädigen und - wie viele argumentieren würden - sie von schädlichen Praktiken abschrecken. Darüber hinaus erweckten einige unter den analysierten Vergleichen den Eindruck, mehr für die Gruppenmitglieder und Verbraucher zu bieten als sie dann tatsächlich taten, und die finanziellen Vorteile für die Anwälte bezogen sich manchmal auf die Nominalwerte der Vergleiche und nicht auf die tatsächlich ausgezahlten Beträge.¹⁵⁸ Die Autoren kommentierten, dass solche Ergebnisse zu öffentlichem Zynismus über die wirklichen Ziele von Sammelklagen auf Schadensersatz beitragen, ganz im Gegensatz zu den Absichten der Befürworter von Sammelklagen.

Verschiedene Studien haben Vergleiche untersucht. In fünf großen Fallstudien befand Tidmarsh¹⁵⁹, dass keine zwei sich gleichen. Mehrere Studien nahmen die Frage auf, ob die materiellrechtliche Substanz eines Falles beim Vergleich eine Rolle spielt oder ob die Technik der privaten Rechtsdurchsetzung der Sammelklage nur Anwälte dazu verleitet, gegen Unternehmen oberhalb einer bestimmten Größenschwelle mit Fällen vorzugehen, die dann zugunsten der Kläger geregelt werden ohne auf ihre materiell-rechtliche Substanz Rücksicht zu nehmen (sh. Alexander 1991¹⁶⁰ und Cox u.a. 2008,¹⁶¹ beide untersuchten Wertpapierfälle). Cox u.a. fanden, dass seit Inkrafttreten von PSLRA Institutionelle Anleger mit höherer Wahrscheinlichkeit als private in Fällen mit größeren geschätzten beweisbaren Verlusten und gegen Firmen mit größeren Bilanzsummen intervenieren, sowie dort, wo die SEC schon zuvor Maßnahmen zur Rechtsdurchsetzung unternommen hatte. Sie brachten Unbehagen darüber zum Ausdruck, dass 20,5% der betroffenen Vergleiche in ihrem Untersuchungsmaterial unterhalb von \$2 Millionen lagen, und dass diese Fälle kürzere Sammelklagefristen aufwiesen, erheblich niedrigere beweisbare Verluste und schnellere Abschlüsse der Vergleiche als im Normalfall, und dass sie den Investoren geringere Erlösquoten auf ihre beweisbaren Verluste erbrachten als es bei größeren Vergleichssummen der Fall ist. Solche Fälle hatten Merkmale von "Erpresserischen Klagen", d.h. der

¹⁵⁷ NM Pace and WB Rubenstein, 'How Transparent are Class Action Outcomes?' Empirical Research on the Availability of Class Action Claims Data' Working Paper (RAND Institute for Civil Justice, 2008).

¹⁵⁸ The position may subsequently have been affected by the Class Action Fairness Act of 2005.

¹⁵⁹ J Tidmarsh, Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies, (Washington, DC, Federal Judicial Centre, 1998).^{[L]¹[SEP]}

¹⁶⁰ JC Alexander, 'Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions' (1991) 43(3) Stanford Law Review 497-598.^{[L]¹[SEP]}

¹⁶¹ JD Cox, RS Thomas, L Bai, 'There Are Plaintiffs and ... There Are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements, (2008) 61(2) Vanderbilt Law Review 355-386.^{[L]¹[SEP]}

günstigen Gelegenheit geschuldete Fälle, die Bedenken hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Begründetheit aufwarfen.

Die Fragestellungen, wie kollektive Prozesse sowohl die Kläger als auch ihre Anwälte verändern werden von Meili untersucht.¹⁶² Studien über die Verwandlung des Streitstoffs¹⁶³ einzelner Fälle legten offen, dass Anwälte die Erwartungen und Ziele ihrer Mandanten dahingehend formen, was im Rechtssystem erreichbar ist, oft eben nur Geld herauszuschlagen. Meili fand, dass die Anwälte in Verbrauchersammelklagenfällen anstelle eines Abbaus unrealistischer Erwartungen bei den Mandanten in einzelnen Fällen stattdessen absichtlich die Erwartungen ihrer Mandanten in die Höhe treiben und sie dazu ermutigen, sich über ihre persönliche Entschädigung in Geld hinaus auf Abhilfe für die gesamte Klägergruppe zu konzentrieren. Wenn sich die Mandanten nicht dazu "ermutigen" lassen wollen, nehmen die Anwälte sie nicht als namentlich hervorgehobene Kläger an. Benannte Kläger, die eine Eingabe machen, erhalten als Anreiz einen gesonderten Betrag zwischen \$500 und einigen tausend Dollar. Sammelklagenanwälte für Verbraucherfälle meinten, dass der Prozess damit unfair schlechtgeredet wird, und wiesen die negative öffentliche Wahrnehmung davon ganz den Anwälten für Wertpapiersammelklagen und Sammelklagen aus unerlaubten Handlungen zu. Die meisten wären stolz auf ihre Arbeit, während ein paar Anwälte sich zynisch über das Potential von Sammelklagen äußerten, überhaupt irgendeinen bedeutsamen gesellschaftlichen Wandel herbeizuführen. Es schien, dass die Repräsentativkläger breitere Bereitschaft erkennen ließen für Rechtsdurchsetzung zu sorgen als die Sammelklagenanwälte.

Gerichtsstandswahl (Forum shopping / Opportunistische Wahl der Gerichtszuständigkeit)

Es wurde oben schon festgehalten, dass die Sorge vor Voreingenommenheiten bei einzelstaatlichen Gerichten eine Überlegung war, die durch den PSLRA von 1995 zur Verlagerung der Wertpapierfälle zu den Bundesgerichten führte. Dieselbe Sorge entstand in Bezug auf andere Ansprüche. Hensler u.a. deckten in den Fällen aus 1995 und 1996 Muster für den "Einkauf" von Richtern auf, die Sammelklagen aufgeschlossener gegenüberstanden, bei nahezu 60% der für einzelstaatliche Gerichte berichteten Fälle, insbesondere bei Verbraucher- und Bürgerrechtsthemen sowie bei Schadensersatzfällen aus unerlaubten Handlungen.¹⁶⁴ Die RAND-Studie von Versicherungsfällen aus dem Jahre 2007 ermittelte auch eine Clusterbildung, besonders bei zwei Gerichtsständen (Miami-Dade County, Florida, und Cook County, Illinois), die ungefähr 17% der Fälle in ihrem jeweiligen Staat abdeckten.¹⁶⁵ Beisner und Miller stellten Anhaltspunkte für eine überproportional hohe Anzahl von Sammelklageanträgen in drei anderen Counties fest, wo die jährlichen Klageeinreichungen zwischen 1998 und 2000 substanziell zunahmen.¹⁶⁶ Eine Studie von 2.816 gewerblichen Verträgen (hauptsächlich Kredit- und Sicherheitenverträge) ergab, dass auf ein Verfahren vor einer Jury in lediglich 20% von ihnen generell verzichtet wurde, aber zu 80% in denjenigen Fällen, die Illinois als Gerichtsstandort vorsahen.¹⁶⁷ Auf Bundesebene arbeitete Fitzpatrick heraus, dass die 2006 und 2007 im Ersten, Zweiten, Siebten und Neunten (Bundes-)Gerichtsbezirk genehmigten Sammelklagevergleiche einen sehr viel höheren Anteil darstellten als ihn jene

¹⁶² S Meili, 'Perceptions of Consumer Class Actions: The Views of Plaintiffs' Lawyers and their Clients', unpublished, February 2010.^[1]^[2]

¹⁶³ T Relis, 'It's Not About the Money!: A Theory on Misconceptions of Plaintiffs' Litigation Aims' (2007) 68 University of Pittsburgh Law Review 341-385.^[1]^[2]

¹⁶⁴ DR Hensler, B Dombey-Moore, B Giddens, J Gross, EK Moller and NM Pace, Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain (RAND Institute for Civil Justice, 2000).

¹⁶⁵ NM Pace, SJ Carroll, I Vogelsang and L Zakaras, Insurance Class Actions in the United States (RAND Institute for Civil Justice, 2007).

¹⁶⁶ JH Beisner and J Davidson Miller, They're Making a Federal Case Out of It ... In State Court (Civil Justice Report, 2001).

¹⁶⁷ T Eisenberg & GP Miller, 'Do Juries Add Value?: Evidence from an Empirical Study of Jury Trial Waiver Clauses in Large Corporation Contracts' (2007) 4(3) Journal of Empirical Legal Studies 539-588.

Gerichtsbezirke von allen zivilrechtlichen Streitigkeiten jeweils lösten.¹⁶⁸ Fitzpatrick führte diesen Befund auf den Umstand zurück, dass es in den Finanzdistrikten von Boston und New York viele Wertpapierfälle gab, und viele Unternehmen auch in Chicago und San Francisco beheimatet sind. Eisenberg und Miller fanden die gleiche starke Konzentration von Bundessammelklagen in ihrer Studie der zwischen 1993 und 2008 abgegebenen Rechtsgutachten.¹⁶⁹ Sie fanden, dass mehr als die Hälfte aller Sammelklagen ihrer Fallmenge vor 5 von den 95 Bundesdistriktgerichten verhandelt wurden, welche auch tendenziell diejenigen mit großen Bevölkerungen waren. Das Süddistrikt von New York kam für 28% der Wertpapierfälle auf. Das Ostdistrikt von Pennsylvania war bei Kartell- und Verbraucherschutzfällen führend. Die Nord- und Ostdistrikte von Kalifornien waren die Anführer bei Arbeitsrechtsfällen.

Eine generelle Verschiebung von Fällen vor Bundesgerichte ergab sich durch das "Sammelklage-Gerechtigkeitsgesetz" (Class Action Fairness Act) von 2005 (CAFA). Allerdings stützte eine Studie aus 2005 im Auftrag des "Bundesjustizzentrums" (Federal Judicial Center) die These wenig, dass es zwischen einzelstaatlichen und Bundesgerichten große Unterschiede darin gäbe, wie sie Sammelklagen lösten.¹⁷⁰ Sie ergab, dass es bei einzelstaatlichen und Bundesgerichten gleichermaßen unwahrscheinlich ist, dass als Sammelklagen eingereichte Fälle als solche zugelassen werden. Sowohl einzelstaatliche als auch Bundesgerichte bestätigten Klägerklassen in weniger als einem von vier als Sammelklage eingereichten Fällen. Obwohl einzelstaatliche Gerichte den Klassen mehr Geld zusprachen als Bundesgerichte, war dies eine Folge aus der Größe der Klassen; einzelne Klassenmitglieder erhielten im Durchschnitt mehr aus Vergleichen vor Bundesgerichten als vor einzelstaatlichen Gerichten.¹⁷¹

Eine weitere Studie von 88 Distrikten für das Bundesjustizzentrum aus dem Jahre 2007 durch Willging und Lee III schätzte, dass jährlich im Durchschnitt 5.300 Sammelklagen zwischen Juli 2001 und Juni 2006 vor Bundesgerichten eingereicht wurden (sowohl direkte Eingaben als auch Verweisungen von einzelstaatlichen Gerichten), ohne Sammelklagen von Einzelpersonen, die sich ohne Anwalt selbst vertreten (*pro se litigants*), ohne solche um Gefängnisbedingungen oder habeas corpus-Klagen, und ohne solche, bei denen die US-Regierung als Kläger auftritt.¹⁷² Sie wiesen einen 46%igen Anstieg in den Distrikten der Studie für die Halbjahresperiode von Januar bis Juni 2006 nach, im Vergleich zur ersten Halbjahresperiode der Studie von Juli bis Dezember 2001. Ein Gutteil dieses Anstiegs betraf Fälle mit Bezug auf Bundesrecht, insbesondere arbeitsrechtliche Sammelklagen. In den 16 Monaten nach Inkrafttreten von CAFA am 18. Februar 2005 allerdings verzeichneten sie einen substanziellen Anstieg von Sammelklagen, die sich auf Unterschiedlichkeiten der Zugehörigkeit zu einem Bundesstaat stützten, hauptsächlich mit Bezug auf einzelstaatliches Vertrags- und Schadensersatzrecht (verdoppelten bzw. verdreifachten sich), sowie eine Verdoppelung von Schadensersatzfällen wegen Sachschäden, obwohl Sammelklagen wegen unerlaubter Handlungen und Personenschäden vor Bundesgerichten nicht wesentlich angestiegen waren.

¹⁶⁸ BT Fitzpatrick, 'An Empirical Study of Class Action Settlements and their Fee Awards' (2010) 7(4) *Journal of Empirical Legal Studies* 811–846.

¹⁶⁹ T Eisenberg and G P Miller, 'Attorneys' Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008' (2010) 7(1) *Journal of Empirical Legal Studies* 248–81.

¹⁷⁰ TE Willging and SR Wheatman, *An Empirical Examination of Attorneys' Choice of Forum in Class Action Litigation* (Washington, D.C., Federal Judicial Center, 2005).

¹⁷¹ Der Erlöse war im Median \$850.000 vor einzelstaatlichen Gerichten und \$300.000 vor Bundesgerichten; die Klägergruppe umfaßte 5.000 bzw. 1.000 Mitglieder, und der typische Erlös pro Gruppenmitglied belief sich auf \$350 in Fällen vor dem einzelstaatlichen Gericht und auf \$517 vor dem Bundesgericht.

¹⁷² TE Willging, and EG Lee III, *The Impact of the Class Action Fairness Act of 2005: Third Interim Report to the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules* (Washington, D.C., Federal Judicial Centre, 2007).

Finanzielle Anreize, Interessenkonflikte und Mißbrauch

Ein System, das breitenwirksame Abschreckung durch einen nachgelagerten Mechanismus mit Hilfe zahlreicher nicht-sachkundiger "Vollstrecker" liefern soll, sollte logischerweise darauf abzielen, Ergebnisse zu erzielen, die eine durchschlagende Wirkung auf den Markt im Ganzen haben, möglicherweise zu Lasten der Gerechtigkeit in einzelnen Fällen. Die Hürde der Bestätigung durch die Gerichte stellt einen gewissen Fairnessfilter für die Fälle dar. Allerdings schließen die Kriterien für die Zulassung, vielleicht überraschenderweise, nicht eine Überprüfung der Begründetheit eines Falles ein.¹⁷³

Der "private Generalstaatsanwalt" ist konzeptionell gründlich im US-Rechtssystem verankert, aber von einigen Kommentatoren auch stark kritisiert worden.¹⁷⁴ Im Jahre 1987 untersuchten Garth, Nagel und Plager alle Bundessammelklagen, die im Distrikt von Nordkalifornien zwischen 1979 und 1984 zugelassen wurden, und fanden, dass es eine "dramatische Verschiebung" vom ursprünglichen Modell des "Einsamen Hüters (Lone Ranger)" oder "Kopfgeldjägers" in Sachen privater Rechtsdurchsetzung gegeben habe hin zu einer berechnenden Befassung mit der ökonomischen Logik der Anreize für Klagen.¹⁷⁵ Das Modell vom "privaten Generalstaatsanwalt" unterstützt nicht Interessenvertretung vor staatlichen Behörden, sondern nur vor Gerichten.¹⁷⁶ Garth, Nagel und Plager beobachteten, dass eine beträchtliche Anzahl von Sammelklage-"Privatstaatsanwälten" dazu neigten, ihre Fälle huckepack auf behördliche Untersuchungen aufzusetzen, bis hin zum Abschreiben der behördlichen Beanstandungen. So hängen z.B. Kartell- und Wertpapierfälle größtenteils von den Ermittlungstätigkeiten der Aufsichtsbehörden ab. Sie kommentierten:

"Ein von Honorareinkünften eines erfolgreichen Rechtsstreits abhängiger Anwalt hält natürlicherweise nach einfachen Siegen Ausschau; Kreativität und Innovation beim Aufbau eines Rechtsstreits sind unwahrscheinlich. Es sieht in der Tat danach aus, dass die Söldner-Anwälte sich der Effizienz wegen weitgehend auf Fälle beschränken, bei denen keine Recherche-Arbeit zu leisten ist Söldner-Anwälte sind weniger risikogeneigt bei der Definition einer Klägergruppe. Folgerichtig ist es das Ziel des Generalstaatsanwalts, die Reichweite des Falles und die Angriffsfläche bei den Gegnern zu minimieren, um sowohl die Klagezulassung als auch die Wahrscheinlichkeit eines schnellen und bestätigenden Vergleichs zu maximieren."¹⁷⁷

Im Ergebnis schlussfolgerten Garth u.a., dass das Modell des "Rechts-Söldners nicht in vollem Umfang die Ideale in die Wirklichkeit umsetzen kann, die das Modell eines privaten, institutionalisierten Gegenmittels oder gar Ersatzes für einen Behördenapparat mit sich bringen soll". Im Gegenteil fanden sie, dass das Modell des "Anwalts des Gemeinwohls" mit aus öffentlichen Kassen bezahlten Anwälten die beste Durchsetzung der Ziele des öffentlichen Rechts gewährleistete. Ein aus Bundesmitteln bezahltes Rechtspflegeprogramm war 1965 als Teil des "Kriegs gegen die Armut" aufgelegt worden und

¹⁷³ CR Sunstein, R Hastie, JW Payne, DA Schkade and WK Viscusi, *Punitive Damages. How Juries Decide* (Chicago, University of Chicago Press, 2002).

¹⁷⁴ Sh. JC Coffee, Jr, 'Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is not Working' (1983) 42 Maryland Law Review 215; JC Coffee, Jr, 'Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions' (1986) 86 Columbia Law Review 669; B Garth, IH Nagel and SJ Plager, 'The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation' (1987-88) 61 Southern California Law Review 353; LM Grosberg, 'Class Actions and Client-Centered Decisionmaking' (1989) 40 Syracuse LR 709 (er argumentiert, dass es eine Irreführung ist zu behaupten, dass der 'Mandant' in einer Sammelklage ein Entscheidungsträger sei, und dass die Sammelklageanwälte wie Beamte handeln würden).

¹⁷⁵ B Garth, IH Nagel and SJ Plager, 'The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation' (1987-1988) 61 Southern California Law Review 353.

¹⁷⁶ Webb v Board of Education of Dyer County, 471 US 234 (1985).^[1]^[SEP]

¹⁷⁷ B Garth, IH Nagel and SJ Plager, 'The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation' (1987-1988) 61 Southern California Law Review 353, 377.^[1]^[SEP]

parallel zu einer bemerkenswerten Folge von Bürgerrechts- und Umweltschutzfällen gelaufen.¹⁷⁸ Garth u.a. fanden, dass 50% der zugelassenen Sammelklagen in ihrem Fallmaterial von 1979-1984 von Kanzleien eingereicht worden waren, die direkt durch breit angelegt agierende Finanzagenturen geschaffen worden waren¹⁷⁹, die versuchten den gar nicht und unterrepräsentierten Mitgliedern der Gesellschaft zu rechtlicher Durchschlagskraft zu verhelfen. Aber die privaten Stiftungen hatten sich aus diesem Tätigkeitsfeld zurückgezogen, und die Bundesmittel für die "Rechtsdienstleistungsgesellschaft" ("Legal Services Corporation") waren zurückgegangen, die Anzahl ihrer Fälle von 3.584 im Jahre 1976 auf 736 im Jahre 1986 gesunken.¹⁸⁰ Garth resümierte, dass das Modell des "privaten Generalstaatsanwalts" gut funktioniert, solange es entweder subventionierte sozial engagierte Rechtsvertretung gibt oder aber ureigenes Engagement der Behörden, die Söldnertruppe bei der Rechtsdurchsetzung stark zu unterstützen. Sie warnten, dass Bemühungen um eine Reform des Modells zur Schaffung eines Gegengewichts oder Ersatzes zum Behördenapparat - einer wirksamen Institution für die Rechtsdurchsetzung unabhängig von den Unwägbarkeiten des Behördenhandelns - mißlingen würden, wenn sie sich nicht dieser grundlegenden Erkenntnis stellten.

Garth u.a. identifizierten einige Beispiele für private Rechtsdurchsetzung unabhängig von Behördenhandeln, aber sie schlussfolgerten, dass es sich um sehr wenige derartige Fälle handelt und die begrenzenden Randbedingungen dafür "in der Tat sehr strikt" sind.¹⁸¹ Das wichtigste Charakteristikum solcher Fälle war, dass es einen oder mehrere beschwerte Kläger gab, die Rechtsbeistand suchten und von Anfang an mit den erforderlichen Fakten bewaffnet waren um eine Rechtsverletzung beweisen zu können, die eine große und leicht identifizierbare Gruppe von Personen betraf. Diese Fakten waren einfach und weitgehend in den entscheidenden Aspekten unbestritten; die Anwälte konnten vorgehen, wie sie es in einem relativ einfachen privaten Einzelrechtsstreit getan hätten, ohne in erhebliche Recherchearbeiten investieren zu müssen.

Verschiebungen: Gerichtsbezirksübergreifende Sammelklagen (Multi-District-Litigation - MDL) und Schiedsgerichtsbarkeit

Zwei wichtige Verschiebungen haben sich in der US-Praxis in den letzten Jahren zusätzlich zu den oben genannten Punkten wie der vom Kongress angeordneten Verlagerung der Sammelklagen von einzelstaatlichen zu Bundesgerichten ergeben. Hier soll näher eingegangen werden auf die zunehmende Verwendung des Verfahrens für gerichtsbezirksübergreifende Sammelklagen und die Verlagerung von Verbraucher- und Arbeitsrechtsstreitigkeiten von den staatlichen Gerichten zu Schiedsgerichten.

Verschiedene Studien haben gezeigt, dass Sammelklagen, die das Anhörungsverfahren für ihre Zulassung überleben, dann für eine zentralisierte Fallbearbeitung unter das gerichtsbezirksübergreifende Verfahren (Multi-District-Litigation - MDL) verwiesen werden, selbst wenn angenommen wird, dass sie nur einen Streitpunkt gemeinsam haben.¹⁸² Über diese Verweisung entscheidet das aus Bundesrichtern bestehende "Multidistrict Litigation Panel".

¹⁷⁸ So wie in den Fällen *Associated Industries v Ickes*, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir. 1943); *NAACP v Button*, 371 US 415 (1963); *Newman v Piggie Park*, 390 US 400, 402 (1968); *Alyeska Pipeline Service Co. v Wilderness Society*, 421 US 240 (1975).

¹⁷⁹ Notably ACLU, NAACP, the Sierra Club.

¹⁸⁰ *In Camera*, 10 Class Action Rep 93 (1987).

¹⁸¹ Die Fallgruppe enthielt unter ihren 46 Fällen 6 dieser Art, die sich mit der Dauer der Untersuchungshaft befaßten, mit einem Pensionsplan, einer Firmenübernahme, Versicherungsbindungen mit rassebedingten Einschränkungen und der Medikamentierung von geisteskranken Patienten.

¹⁸² MH Redish and JM Karaba, 'One Size Doesn't Fit All: Multidistrict Litigation, Due Process, and the Dangers of Procedural Collectivism' (2015) 95 Boston University Law Review 95 (mit dem Kommentar, dass das MDL-Verfahren auf eine merkwürdige Kreuzung hinausläuft zwischen dem Wilden Westen und von politischem Rauch erfüllten Räumen des zwanzigsten Jahrhunderts, was wohl kaum eine Kombination ist, die als gutes Omen für ein sauberes Verfahren oder für die Herrschaft des Rechts gedeutet werden kann).

Es wurde schon oben festgestellt, dass die Gerichte die Sorge zum Ausdruck gebracht haben, dass eine Klagezulassung unausweichlich zu einem kaufmännisch begründeten Vergleich ohne Rücksicht auf die Begründetheit der Klage führt, und dass die gesamten finanziellen Auswirkungen des Rechtsstreits das Risiko mit sich brächten, das gesamte Unternehmen "auf's Spiel zu setzen" und sein Überleben von der Entscheidung einer einzelnen Jury abhängig zu machen. So entzog 1995 der siebte Gerichtsbezirk einer Gruppe von Blutern, die mit HIV kontaminierte Blutkonserven erhalten hatten, die Zulassung als Sammelklage wieder, weil das Insolvenzrisiko die Beklagten "unter massiven Druck setzte sich zu vergleichen".¹⁸³ Im Jahre 1996 hob der fünfte Gerichtsbezirk eine bundesweite Sammelklagezulassung von Zigarettenrauchern auf, weil das "Risiko einer alles-oder-nichts-Entscheidung selbst dann ein zu hohes Risiko ist, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung gering ist".¹⁸⁴ Im Jahre 1996 hob der sechste Gerichtsbezirk („Circuit“) die Bestätigung einer Sammelklage von Personen auf, die Verletzungen auf Grund von Penisimplantaten geltend machten, die die Beklagten hergestellt hatten.¹⁸⁵ In den Jahren 1997 und 1999 hob das Oberste US-Bundesgericht schwergewichtige Sammelklagevergleiche über Asbest-bedingte Gesundheitsverletzungen auf. Im Falle *Amchem Products, Inc. vs. Windsor*¹⁸⁶ urteilte er, dass eine Gruppe von gegenwärtigen und künftigen Asbest-Anspruchsstellern nicht als eine "Opt-out"-Klägerklasse nach der Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(3) zugelassen werden kann, weil die Klagen zu unterschiedlich und "versprengt" seien um in einer einzigen repräsentativen Sammelklage zusammengeführt zu werden.¹⁸⁷ Im Jahre 1999 wies der Oberste Gerichtshof erneut, im Falle *Ortiz vs. Fibreboard Corp.*,¹⁸⁸ einen Asbest-Sammelklagevergleich zurück, weil der Vergleich nicht die Anforderung von Rule 23(b)(1)(B) für eine Bestätigung gegen einen einzelnen Beklagten erfüllte, weil dieser Beklagte zu begrenzte Mittel hatte um die Summe aller Ansprüche zu bezahlen.¹⁸⁹

Im Jahre 1998 ermöglichte es die Federal Rule of Civil Procedure 23(f) den Beklagten, vor der Berufungsinstanz einen Erörterungstermin zu Sammelklagezulassungsentscheidungen von Distrikt-bundesgerichten zu erhalten, was im Ergebnis zu weniger Sammelklagezulassungen führte.¹⁹⁰ Wie oben festgehalten, führten PSLRA 1995 und CAFA 2005 zur Verlagerung der meisten größeren Sammelklagen vor Bundesgerichte. Die Kombination dieser Wirkungen mit der Einführung des gerichtsbezirksüberschreitenden MDL-Verfahrens führte zu einem erheblichen Anstieg der Multi-Distrikt-Verfahren. Seitdem verlangen viele Gerichte, dass die Kläger schon beim Antrag auf Sammelklagezulassung zu wesentlichen Teilen ihrer Fälle die Beweise schlüssig darlegen, ebenso wie etliche der Anforderungen für die Sammelklagezulassung (Definition der Klägergruppe, Häufigkeit des Vorkommens, Gemeinsamkeiten der Fälle, angemessene Repräsentativität des führenden Klägers für die Gruppe), so dass es deutlich schwieriger wurde, die Erfüllung von Rule 23(b)(2) und Rule 23(b)(3) zu belegen.¹⁹¹

Wenn die Fälle einmal unter das gerichtsbezirksübergreifende MDL-Verfahren gebracht waren, wurden sie selten an die Ursprungsgerichte zurückverwiesen. 2010, 2012 und 2013 verwies das Judicial Panel on Multidistrict Litigation lediglich jeweils 3,425%, 3,1% und 2,9% der Fälle zurück an die ursprünglich damit befassten Distrikte.¹⁹² Ein starkes Motiv für das Festhalten an den Fällen war die Hoffnung, einen

¹⁸³ *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.* 51 F. 3d 1293 (7th Cir. 1995).^[1]

¹⁸⁴ *Castano v. Am. Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 746 (5th Cir. 1996) (citing *Rhone-Poulenc*, 51 F.3d at 1298).

¹⁸⁵ *In re Am. Med. Sys., Inc.*, 75 F.3d 1069 (6th Cir. 1996).

¹⁸⁶ 521 US 591, 622–25 (1997).

¹⁸⁷ *Id.* at 624–28.^[2]

¹⁸⁸ 527 US 815, 864–65 (1999).

¹⁸⁹ *Id.* at 851.

¹⁹⁰ RH Klonoff, 'The Decline of Class Actions' (2012) 90 Washington University Law Review 1.

¹⁹¹ RH Klonoff, 'The Decline of Class Actions' (2012) 90 Washington University Law Review 1.

¹⁹² EC Burch, 'Remanding Multidistrict Litigation' (2014) 73 Louisiana Law Review 399.

allumfassenden Vergleich erzwingen zu können. Für Klägeranwälte ließen sich Unsicherheiten im Umgang mit schwach begründeten Einzelfällen vermeiden, indem die Kläger alle in einem allumfassenden Vergleich zusammengepackt wurden. Für die Beklagten konnten so viele Fälle wie möglich auf einen Schlag erledigt werden. So führte die Verlagerung von Produkthaftpflichtfällen in das MDL-Verfahren zu vielfach gebündelten Vergleichen von Einzelfällen, ohne damit einen Vergleich für eine abstrakt definierte Klasse von Klägern mit sich zu bringen.¹⁹³ Mit der Zeit allerdings wurde das Panel wählerischer in der Bestimmung der Fälle, die es verweist oder nicht verweist.¹⁹⁴

Der Supreme Court stellte 2014 eine bedeutsame Einschränkung für Wertpapierfälle auf. Bei der Zulassung von Sammelklagen, die sich auf Abschnitt 10(b) des Wertpapiergesetzes (Securities Exchange Act) stützen, gilt die Vermutung, dass die Kläger auf die falsche Darstellung vertraut haben. Im Falle *Halliburton vs. Erica P. John Fund* ('Halliburton II') urteilte der Supreme Court, dass die "Beklagten vor der Sammelklagezulassung Gelegenheit dazu erhalten müssen, die Vermutung durch Beweise zu widerlegen, dass eine geltend gemachte falsche Darstellung den Marktpreis der Aktie tatsächlich nicht beeinflusst hat".¹⁹⁵ Dies sollte die Anzahl der Sammelklagezulassungen reduzieren, obwohl es die schon hohen Kosten der Zulassungsanhörung weiter erhöhte.¹⁹⁶

Die zweite hauptsächliche Verschiebung fand bei vertragsrechtlichen Ansprüchen statt, wie bei Streitigkeiten aus Verbrauchergeschäften und Anstellungsverhältnissen. Die Unternehmen haben Schiedsklauseln in Verträge eingefügt, die staatliche Gerichte für die Streitbeilegung ausschließen. 2011 bestätigte der Supreme Court die Wirksamkeit solcher Klauseln, ungeachtet der Unmöglichkeit für Verbraucher oder Angestellte, solche allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verhandeln (Fall *Conception*)¹⁹⁷ und bestätigte einen solchen Rechtsverzicht 2013 erneut als wirksam (Fall *American Express*).¹⁹⁸ Im Ergebnis wird eine allgemeine Bewegung weg von staatlichen Gerichten hin zur Schiedsgerichtsbarkeit erwartet, was von einem starken Anstieg des Interesses an alternativen Streitbeilegungssystemen (ADR - Alternative Dispute Resolution) und Online Dispute Resolution Systemen (ODR) begleitet wird.

Die kumulierten Auswirkungen der oben dargestellten Verschiebungen werden als Vorboten größerer Transformationen des US-Rechtssystems gelesen.¹⁹⁹ Fitzpatrick nimmt an, dass es den Unternehmen als logische Konsequenz aus den Supreme Court-Entscheidungen *Conception* und *American Express* am Ende gelingen wird, so gut wie alle Sammelklagen gegen sie zu eliminieren, einschließlich derer von Aktionären.²⁰⁰ In Anerkennung der "sich weiter entwickelnden Dysfunktionalität der amerikanischen

¹⁹³ TE Willging and EG LEE III, 'From Class Actions to Multidistrict Consolidations: Aggregate Mass-Tort Litigation After Ortiz' (2010) 58(4) *Kansas Law Review* 775.

¹⁹⁴ EG Lee, CR Borden, MS Williams, and KM Scott, 'Multidistrict Centralization: An Empirical Examination' (2015) 12(2) *Journal of Empirical Legal Studies* 211-235.

¹⁹⁵ *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 134 S. Ct. 2398, 2412 (2014).^[L]^[SEP]

¹⁹⁶ R Comolli and S Starykh, Recent Trends in Securities Class Action Litigation: 2014 Full-Year Review Settlement amounts plummet in 2014, but post-Halliburton II filings rebound (NERA, 2015).

¹⁹⁷ *AT&T Mobility v. Conception*, 131 S. Ct. 1740 (2011).

¹⁹⁸ *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304 (2013).

¹⁹⁹ MH Redish, 'Rethinking the Theory of the Class Action: The Risks and Rewards of Capitalistic Socialism in the Litigation Process' (2014) 65 *Emory Law Journal* 451 (die Sammelklagebeziehung zwischen Mandant und Anwalt sollte nicht mehr als ein Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Dienstleister, sondern als ein Verhältnis zwischen Vormund und Mündel angesehen werden, und das System ist geplagt von Externalitäten und perversen ökonomischen Anreizen); GM Vairo, 'Is the Class Action Really Dead? Is that Good or Bad for Class Members?' (2014) 64 *Emory Law Journal* 477 (Nützlichkeit als ein Werkzeug zur Verfolgung ist kompromittiert, aber die Sammelklagezulassung für Vergleichszwecke bleibt).

²⁰⁰ BT Fitzpatrick, 'The End of Class Actions?' (2015) 75(1) *Arizona Law Review* 161.

Sammelklage" hat Mullenix dafür plädiert, das Sammelklageverfahren auf Unterlassungsverfügungen zu beschränken und für mehr behördliche Rechtsdurchsetzung zu sorgen.²⁰¹

Schlussfolgerungen

Es gibt ein erhebliches Niveau von Sammelklageaktivitäten in den Vereinigten Staaten, obwohl die Anzahl der Sammelklagen klein ist im Vergleich zum Gesamtvolumen an Klagen. Sammelklagen unterscheiden sich je nach ihrer Größe und können eine große Zahl von Klägern einbeziehen. Sie decken eine ganze Palette an Rechtsmaterien ab, wobei Wertpapierfälle die größte Gruppe bilden. Es hat eine Verschiebung weg von sozialen Themen hin zu Fällen gegeben, bei denen es um die Zahlung von Geld geht. Gemeinwohlorientierte Fälle sind oft von öffentlichen Organisationen angestoßen, um aktuelle Fragen des Gemeinwohls und politische Streitpunkte aufzugreifen. Einzelpersonen bringen oft arbeitsrechtliche Diskriminierungsfälle ins Rollen, bei denen ein Gefühl der Benachteiligung oder der Sinn für mehr öffentliche Gerechtigkeit oft notwendige Beweggründe sind. Der Prozess kann Opfer arbeitsrechtlicher Diskriminierung in Aktivisten verwandeln, aber sie erreichen nicht immer die persönlichen Vorteile aus dem Ergebnis, so wie sie sich das ursprünglich vorgestellt hatten.

Auf Geld abzielende Fälle richten sich meist gegen Großunternehmen mit "tiefen Taschen". Fälle, bei denen parallel eine Verletzung öffentlicher Verhaltensnormen vorliegt oder die sich darauf stützen, wie etwa Kartell- und Verbraucherbetrugsfälle, werden tendenziell im Anschluß an die Feststellungen der öffentlichen Behörden gebracht (huckepack). Wertpapierfälle werden gegen große Unternehmen vorgebracht, wenn deren Aktienkurse fallen.

Der Sammelklagemechanismus ermöglicht es, enorme Geldbeträge geltend zu machen, obwohl die einzelnen Verbraucheransprüche typischerweise niedrige Beträge betreffen. Die Erfolgsrate von Sammelklagen mag niedriger als erwartet sein, wenigstens für einige Klagetypen. Obwohl die nominalen Gesamtbeträge von Vergleichen hoch scheinen mögen, können die den einzelnen Klägern zugute kommenden Beträge bescheiden sein. Diese Beobachtungen werfen Fragen zur Effizienz und Effektivität des Sammelklageverfahrens auf, die ungelöst sind.

Das Zulassungsverfahren wirkt als Wasserscheide für das Ergebnis einer Sammelklage. Ein bedeutender Prozentsatz an Fällen erreicht nie das Zulassungsverfahren, entweder weil sie vorher fallengelassen werden oder weil ein Vergleich ausgehandelt wird. Fast alle Sammelklagen, die zugelassen werden, enden mit Vergleich und ohne Urteil. Vergleiche werden üblicherweise auf Basis dessen verhandelt, was der Beklagte zahlen wird, und der vereinbarte Gesamtbetrag wird an die Klägerklasse verteilt. Infolgedessen können Vergleiche auf unvollständige Beweise und unvollständiges Verständnis der tatsächlichen Begründetheit des Falles gestützt werden. Es wird vertreten, dass dieses System aus verhandelten Vergleichen, Interessenkonflikten der Intermediäre, hohen Transaktionskosten (insbesondere Voruntersuchungskosten - "pre-trial discovery" - und hohe Honorare) in manchen Fällen zu Ergebnissen führt, bei denen die Substanz hinter dem Klägeranliegen gering ist ("erpresserische Vergleiche"), und anderen, in denen ein Gericht einen höheren Gesamtbetrag zugesprochen hätte. Gerichte billigen fast ohne Ausnahme vorgeschlagene Vergleiche. Erhebliche Bedenken bleiben zu der Frage, ob Vergleiche für eventuelle künftige Mitglieder der Klägergruppe fair sind.

Im US-Modell sind finanzielle Anreize nötig, um private Intermediäre dazu zu bewegen, Rechtsdurchsetzungsanstrengungen zu unternehmen. Fraglos bringt die Lage in den USA starke ökonomische Kräfte zum Tragen. Die Rechtfertigung für dieses Modell sollte sich auf Nachweise dafür

²⁰¹ LS Mullenix, 'Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action' (2014) 64 Emory Law Journal 399.

stützen, dass die Größe der Anreize vernünftig ist und nicht exzessiv, dass das Niveau der Rechtsdurchsetzungstätigkeit durch rechtlich fundiert begründete Fälle und Vergleiche gerechtfertigt ist, und dass die Kosten für die Beklagten gerechtfertigt und verhältnismäßig sind, dass das System eine angemessene Anzahl gerechter Ergebnisse hervorbringt, und dass adäquate Abschreckung illegalen Verhaltens stattfindet, oder dass ein adäquates Niveau laufender Einhaltung des Rechts hierdurch entsteht. Verlässliche Daten über mehrere dieser Anforderungen sind rar und schwierig zu überprüfen, jenseits des Niveaus der Transaktionskosten, Schadensersatz- und Anwaltshonorarzählungen. Das US-Modell ist klar damit verbunden, dass große Summen Geldes von einer Hand zur anderen wanden. Aber rechtfertigen die Ergebnisse auch diese Kosten? Die wichtigste Frage ist, ob die erhobenen Klagen, und insbesondere die durch Vergleich beigelegten, ausreichende Substanz an Begründetheit haben, und dazu gibt es leider wenig verlässliche Nachweise, sondern nur viele Behauptungen. Ein weiterer offener Punkt betrifft die Frage, welche Missbrauchs-Vermeidungs-Mechanismen eingesetzt werden wollten, und wie wirksam diese sind. Auch hier gibt es wieder sehr wenig verlässliches Verständnis davon, wie (und wie gut) diese verschiedenen Stellschrauben funktionieren.

Die Ergebnisse von Sammelklagen sind schwierig zu bewerten. Sehr viel hängt von dem Umfang ab, in dem das System wirksam das Verhalten von Unternehmen durch die Abschreckungswirkung großer finanzieller Strafen steuert. Zu diesem Punkt gibt es wenig verlässliche empirische Evidenz, außer einigen Belegen für nachteilige finanzielle Wirkungen auf Unternehmen und auch manchmal ihre Mitarbeiter.

Wie man es bei einem System erwarten würde, bei dem es hohe ökonomische Anreize zu erfüllen gilt, werden seit PSLRA 59% der Fälle (ob durch Vergleich oder Abweisung) innerhalb von drei Jahren nach der ersten Klageerhebung gelöst.²⁰² Dies kontrastiert mit der verlangsamenden Wirkung verschiedener Sicherheitsvorkehrungen, die in europäischen Modellen für Kollektivklagen für nötig gehalten werden.

Es gibt die folgenden Lektionen aus dieser reichen und wertvollen Erfahrung für andere Jurisdiktionen, die über das Design von wirksamen Methoden für kollektive Abhilfe nachdenken. Ausgangspunkt ist die Definition der Ziele, wie die Schaffung von Abhilfe, Verhaltensregulierung, oder das Aufbringen sozialer und politischer Themen. Bestimmte Verfahrenstypen möglich mehr oder weniger angemessen sein um individuelle Ziele zu erreichen. Die empirische Evidenz für die Eignung eines bestimmten Verfahrens für ein bestimmtes Ziel sollte klar sein. Ist es zum Beispiel klar, dass private Rechtsdurchsetzung abschreckt? Verlässliche Finanzquellen sind erforderlich um Massenklagen einzureichen. Wenn es keine öffentliche Finanzierung gibt, werden bestimmte Typen von Klagen nicht eingereicht werden, und es mag eine Lücke im Zugang zum Recht geben. Wenn man sich auf private Finanzierung verlässt, mögen erhebliche finanzielle Anreize erforderlich sein, und das wird Fragen nach Interessenkonflikten aufwerfen und das Potenzial für Missbräuche erhöhen. Sicherheitsvorkehrungen mögen erforderlich sein um das System unter Kontrolle zu halten.²⁰³ Es ist allerdings schwierig, Sicherheitsvorkehrungen richtig zu kalibrieren, und diese könnten sich schwer tun, große finanzielle Interessen unter Kontrolle zu halten. Ein "Henne-und-Ei"-Problem ("Catch 22-Situation") entsteht daraus, dass starke finanzielle Anreize erforderlich sein können um zu privater Rechtsdurchsetzung zu ermuntern, was unvermeidlich Missbräuche hervorbringt, aber dass die Auferlegung erheblicher ausgleichender Sicherheitsvorkehrungen das Vorantreiben von Sammelklagen wieder massiv einbremsen wird.²⁰⁴ Die Dominanz von privater Rechtsdurchsetzung und Sammelklagen im US-System waren der Entwicklung alternativer Mittel zur Erreichung akzeptablen Verhaltens (durch verschiedene Formen regulatorischer Mechanismen) und wirksamer Abhilfe (durch alternative Streitbeilegung, Ombudslösungen, Entschädigungsfonds oder andere Mittel) nicht zuträglich. Solche alternativen

²⁰² R Comolli and S Strykh, Recent Trends in Securities Class Action Litigation: 2014 Full-Year Review Settlement amounts plummet in 2014, but post-Halliburton II filings rebound (NERA, 2015).

²⁰³ R. Money-Kyrle and C. Hodges, 'Safeguards in Collective Actions' (2012) 19(4) Maastricht Journal of International and Comparative Law 477-504.

²⁰⁴ C Hodges, 'Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb?' (2014) 34 Journal of Consumer Policy 67-89.

Mechanismen kommen derzeit in Europa stark zum Vorschein.²⁰⁵ Es ist erforderlich zu entscheiden, welche Mechanismen am effizientesten, wirksamsten und wünschenswertesten sind, und diese Bewertung sollte auf empirische Evidenz gestützt werden. Die Geschichte der Kollektivklagen in Europa deutet auf eine niedrige Nachfrage bei Richtern nach Regeln für Kollektivklagen hin.²⁰⁶ Ein Weg für die Zukunft könnte darin bestehen, ein Rangverhältnis verschiedener Wege herzustellen, so dass Fälle vorzugsweise durch die wirksameren Mechanismen geschleust werden, wobei der Kollektivklage die Funktion eines letzten Auswegs bleiben könnte.

Die Sicherheitsvorkehrungen im EU-Modell bringen Verzögerungen (und zwar oft größere) mit sich, die im US-Modell nicht zu beobachten sind, da die Größe der ökonomischen Anreize im letzteren zu einem Vergleich drängen.

Drittens zeigt die empirische Evidenz, dass Sammelklagen in den meisten EU-Jurisdiktionen selten genutzt werden. Sie können sich auch über lange Zeit hinziehen. Während manche annehmen möchten, dass die aktuellen EU-Modelle von Kollektivklagen nicht richtig aufgesetzt sind und ein anderes Modell funktionieren würde, wird hier vertreten, dass die Tatsachen zeigen, dass auch kein EU-Modell gut funktionieren würde.

²⁰⁵ C Hodges and A Stadler (eds), *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims* (Edward Elgar, 2013); C Hodges, 'Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques' (2015) *European Review of Private Law* (forthcoming).

²⁰⁶ C Hodges, 'Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb?' (2014) 34 *Journal of Consumer Policy* 67–89.



Dieses Arbeitspapier des Europäischen Hochschulinstituts wird im Rahmen eines vom European Research Fund finanzierten und am Europäischen Hochschulinstitut angesiedelten Projekts veröffentlicht.